

La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (corporate manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007

Citation for published version:

De Gioia-Carabellese, P & Savini, IA 2011, 'La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (corporate manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007', *La Responsabilita' amministrativa delle societa' e degli enti*, no. 3, pp. 111-134.

Link:

[Link to publication record in Heriot-Watt Research Portal](#)

Document Version:

Early version, also known as pre-print

Published In:

La Responsabilita' amministrativa delle societa' e degli enti

General rights

Copyright for the publications made accessible via Heriot-Watt Research Portal is retained by the author(s) and / or other copyright owners and it is a condition of accessing these publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

Heriot-Watt University has made every reasonable effort to ensure that the content in Heriot-Watt Research Portal complies with UK legislation. If you believe that the public display of this file breaches copyright please contact open.access@hw.ac.uk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La responsabilità amministrativa delle società e degli enti



www.rivista231.it

3-2011

PLENUM

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DELLE SOCIETA' E DEGLI ENTI

n. 3 - luglio-settembre 2011

SOMMARIO

QUESTIONI E APPROFONDIMENTI

La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive <i>di Federica Assumma</i>	7
Poteri del Commissario Giudiziale. Attività di ordinaria e straordinaria amministrazione <i>di Guido Chiametti e Alberto Giorgi</i>	17
Corruzione internazionale, responsabilità degli enti e sanzioni interdittive. Note a margine di una recente sentenza della Corte di Cassazione <i>di Luigi Domenico Cerqua e Cosimo Maria Pricolo</i>	29
Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica <i>di Carlo Manacorda</i>	33
Il riciclaggio e i suoi indici sintomatici: ricadute sui Modelli di Organizzazione e Gestione degli enti <i>di Stefano M. Bortone</i>	45
La funzione antiriciclaggio nel sistema dei controlli degli intermediari finanziari <i>di Ranieri Razzante</i>	53
Focus sul codice etico, modalità di redazione e contenuti <i>di Fabio Bianchi</i>	63
Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione <i>ex</i> d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione <i>di Vincenzo Mongillo</i>	69
Il <i>self reporting</i> nel <i>Bribery Act</i> del sistema britannico e la collaborazione dell'ente nel processo penale <i>ex</i> d.lgs. 231/2001 <i>di Ombretta Faggiano e Maurizio Arena</i>	101
La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (<i>corporate manslaughter</i>) e al <i>Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act</i> 2007 <i>di Pierdomenico de Gioia-Carabellese e Iole Anna Savini</i>	111

Il modello esimente per l'ente operante nel settore socio sanitario <i>di Lucio G. Insinga e Paolo Pisani</i>	135
Le banche e la responsabilità da reato degli enti <i>di Giuseppe Losappio</i>	147
La comunicazione congiunta Banca d'Italia-Consob in materia di ripartizione delle competenze tra <i>Compliance</i> e <i>Internal Audit</i> : prime riflessioni <i>di Fabrizio Colonna</i>	155
D.lgs. 231/2001 ed Imprenditori individuali: interpretazione dell'art. 1 e presunte esigenze penal-preventive nell'"imprevisto" <i>revirement</i> della Cassazione <i>di Sandro Bartolomucci</i>	161

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente: <i>stop and go</i> tra Roma e Lussemburgo - parte I <i>di Alessandra Bassi</i>	173
La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente: <i>stop and go</i> tra Roma e Lussemburgo - parte II <i>di Salvatore Dovere</i>	182
La responsabilità da reato delle società a capitale misto (commento a Cass., sez. II, 9.-21.7.2010, n. 28699) <i>di Sergio Beltrani</i>	195
Anche le imprese individuali rispondono dell'illecito amministrativo? <i>di Giuseppe Amato</i>	199

TEMI

Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità <i>di Alessandro Bernasconi</i>	205
---	-----

MODELLI ORGANIZZATIVI E GESTIONALI

La <i>best practice</i> di Conad nel settore agroalimentare. I protocolli per l'accreditamento e il monitoraggio dei fornitori dei prodotti a marchio <i>di Gaetano Aita e Aureliano Aita</i>	221
Gruppi, attività e rapporti infragruppo nel sistema 231 <i>di Patrizia Ghini</i>	255
La gestione dinamica del rischio <i>di Fabrizio Romolotti</i>	271

QUESTIONI E APPROFONDIMENTI

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI NEI GRUPPI DI IMPRESA: PROBLEMI E PROSPETTIVE

Avv. Federica Assumma, Amministratore unico Noikos Nike Istituto di Ricerca s.r.l.

1. Premessa

Nell'applicazione del d.lgs. 231/ 2001 (d'ora in poi DECRETO) ci si è imbattuti nei numerosi problemi, teorici e pratici, inerenti i gruppi di società. I quesiti che la prassi pone sono ricorrenti e riguardano aspetti relativi ad ogni momento applicativo del DECRETO. Ci si chiede, ad esempio, se è possibile predisporre un cd. modello di gruppo; se è necessario nominare tanti Organismi di Vigilanza quante sono le società del gruppo; quali sono i rapporti tra gli organismi delle società figlie e l'organismo della madre; quali sono gli obblighi della *holding* in relazione all'applicazione da parte delle società figlie della disciplina prevista dal DECRETO. Il quadro di riferimento diventa più articolato se si considerano i gruppi transnazionali nei quali si rendono applicabili discipline nazionali diverse. Altrettanto è a dirsi se si pone mente alle situazioni di temporanea relazione tra società. Si pensi, ad esempio, alle associazioni temporanee d'impresa, alle *jont venture*, alle società consortili e alle cd. società veicolo, ecc.

Sull'argomento dei gruppi nulla dice il DECRETO che, peraltro, è anteriore alla riforma del diritto societario del 2003 che per la prima volta ha affrontato direttamente la disciplina della materia in esame. La legge 366/2001 (legge delega per la riforma del diritto societario), coeva del d.lgs. 231/2001, pur dedicando un intero articolo ai gruppi d'impresa, dettava solo i principi ed i criteri direttivi per la futura regolamentazione. Poche sono le disposizioni legislative riscontrabili nell'ordinamento che possono offrire utili indicazioni al riguardo. Si pensi, in proposito, alla riforma del diritto penale societario introdotta dal d.lgs 61/2002 che per la prima volta prende in considerazione, nella fattispecie di falsa comunicazione sociali (artt. 2621 e 2622), il bilancio consolidato, individuando in tale locuzione quel "documento complesso destinato a rappresentare quelle situazioni tipiche (patrimoniale, finanziaria ed economica) di un gruppo di imprese"¹ o quell'atto "che rappresenti unitariamente la situazione patrimoniale, economica e finanziaria di un gruppo di società formalmente distinte e tuttavia legate da determinati vincoli, tali da farle apparire come espressione di un'unica realtà imprenditoriale."²

¹ G.U.P. Torino 9 aprile 1997, MATTIOLI, in *Foro It.*, 1998, II, pp. 669 -670.

² RORDORF R. *Il bilancio di esercizio ed il bilancio consolidato* in *Foro It* 1992, V, p. 253.

Interessante è anche la previsione espressa di “vantaggi compensativi infragruppo” menzionata dal reato di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 c.c. La fattispecie, infatti, al comma 3 prevede la liceità di un'operazione infragruppo dalla quale sia derivato un danno patrimoniale per una società e un vantaggio per un'altra dello stesso gruppo. Operazione che isolatamente considerata potrebbe essere giudicata infedele perché tenuta in una situazione di conflitto di interesse, ma che assume una fisionomia diversa se osservata nella politica generale del gruppo³.

Anche il T.U. bancario detta disposizioni in tema di gruppi societari (art. 60 ss. d.lgs. 385/ 1993 e successive modificazioni).

La riforma del diritto societario (d.lgs. 6/2003) come già anticipato ha introdotto, infatti, per la prima volta una regolamentazione espressa del gruppo di imprese, prevista dal capo IX del titolo V del libro V del codice civile, artt. 2497 ss. non prevedendo però, una definizione di “gruppo di impresa”.

In merito la giurisprudenza nelle prime applicazioni del Decreto ha fornito una definizione di gruppo, si ricorda l'ordinanza emessa dal Tribunale di Milano del 2004⁴ che si esprime nei termini che seguono:

“Quando l'impresa raggiunge consistenti dimensioni aziendali essa può assumere la configurazione di una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capogruppo o holding. A ciascuna delle società che compongono il gruppo può corrispondere un distinto settore di attività, una distinta fase del processo produttivo, una diversa zona territoriale di operatività: ma le azioni di ciascuna di queste società appartengono, in tutto o in maggioranza, ad una ulteriore società, detta appunto società holding, alla quale spetta la direzione ed il coordinamento dell'intero gruppo ed all'interno della quale i vari settori sono ricondotti ad economica unità.

La scomposizione dell'impresa in una pluralità di società può portare a separare fra loro, facendone oggetto di separate società, le due fondamentali funzioni imprenditoriali: l'attività di direzione da un lato e l'attività di produzione o scambio dall'altro. Si dà così luogo ad una società capogruppo - che si definisce in questo caso holding «pura» - che non svolge alcuna attività di produzione o di scambio ma che si limita ad amministrare le proprie partecipazioni azionarie cioè a dirigere le società del proprio gruppo (società operanti).

In altri casi invece la holding, in forza della propria partecipazione di controllo in altre società, esercita sulle controllate «operative» una attività di direzione e coordinamento, ponendosi così a capo di un gruppo di società. In questo caso la funzione della holding è essa stessa funzione imprenditoriale corrispondente alla funzione di direzione strategica e finanziaria che è presente in ogni impresa. Nelle imprese isolate questa funzione si somma alle funzioni operative. Nei gruppi invece essa si separa dalle funzioni operative dando luogo al fenomeno per il quale l'impresa si scompone in una pluralità di fasi separate, esercitate ciascuna da un soggetto diverso; sicché la holding esercita, in modo mediato, la medesima attività di impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto (Le norme che regolano la redazione dei bilanci distinguono tra partecipazioni di controllo che sono immobilizzazioni finanziarie e partecipazioni di controllo che sono attivo circolante. Ai sensi dell'art. 2424 bis comma II c.c. le partecipazioni in società controllate o

³ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè 2004 p. 219.

⁴ Ordinanza Gip Milano, 20 settembre 2004, Dott.ssa Secchi, in *Guida al diritto* n. 47 2004, p. 75.

collegate si presumono immobilizzazioni, ossia partecipazioni miranti ad esercitare una influenza dominante sulla controllata, o una influenza notevole sulla collegata, e non meri valori di scambio ossia partecipazioni acquistate in vista della loro successiva rivendita).

L'oggetto della holding, in questo caso, non è dunque la gestione di partecipazioni azionarie come tali, ma l'esercizio indiretto di attività d'impresa".

Il gruppo di società non nasce, dunque, dalla previsione di una norma, ma dall'inventiva imprenditoriale. Rappresenta una forma di organizzazione dell'impresa, "una valorizzazione di potenzialità implicite nella forma giuridica della società per azioni".⁵

In termini generali si osserva, dunque, che il gruppo societario comprende due diversi fenomeni denominati rispettivamente, gruppo in senso orizzontale basato su accordi paritetici fra più società e gruppo in senso verticale, basato sul rapporto di controllo fra più società, così come descritto dall'art. 2359 c.c.

Il successo del fenomeno gruppo nasce dalla possibilità di godere di alcuni vantaggi, primo tra tutti la cosiddetta diversificazione dei rischi connessi a ciascun settore o mercato in cui l'azienda opera.

a. Migrazione di responsabilità all'interno dei gruppi di imprese

Preso atto del fatto che il d.lgs. 231/2001 prevede un criterio di imputazione della responsabilità al singolo ente e non al gruppo nel suo insieme, va affrontato il rischio concreto della migrazione delle responsabilità nell'ambito delle singole entità appartenenti ad un gruppo, in presenza di un comune interesse (cd. interesse di gruppo).

Non è infrequente nei gruppi che le decisioni strategiche delle singole società figlie siano assunte dalla madre nell'ambito della funzione di direzione e controllo.

Come è noto, per un modulo organizzativo molto diffuso, accade che l'amministratore della figlia sia anche dirigente della madre. Ciò per rispondere ad una duplice esigenza: da un lato per garantire un'unicità di indirizzo nell'attività di gestione del gruppo, dall'altro per ottenere un risparmio di costi, infatti è consuetudine non retribuire o retribuire in misura minima i dirigenti nel momento in cui rivestono cariche in altre società del gruppo.

Nei casi sopraesposti talune decisioni che implicano responsabilità penale sono condivise anche dai vertici della madre, determinando in tal modo un'autonoma responsabilità *ex DECRETO* sia della società madre che della figlia. Si consideri il caso, ad esempio, della corruzione di un pubblico ufficiale perpetrata dall'amministratore della figlia in accordo con i vertici della madre ovvero - il caso si è posto all'attenzione della Magistratura - dell'apicale della madre che corrompe un pubblico ufficiale nell'interesse e a vantaggio della figlia, ad esempio per ottenere l'aggiudicazione di una gara d'appalto a cui la figlia ha partecipato. In questi casi la disciplina del concorso di persone nel reato determina autonome responsabilità *ex DECRETO* che si fondano sul collegamento personale più che su quello tra società. In relazione a ciò si evidenzia anche la possibilità che l'amministratore della capogruppo ingerisca

⁵ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam 2010 p. 710.

sull'attività della società figlia intromettendosi attivamente nella gestione di quest'ultima a tal punto da considerarlo un amministratore di fatto.

In merito, affinché sia contestabile la responsabilità amministrativa degli enti a più società del gruppo è necessario il verificarsi di entrambe i requisiti imposti dal DECRETO: il rapporto soggettivo tra ente ed autore materiale del reato e l'interesse e vantaggio delle società coinvolte nel reato.

Meritevoli di considerazione sono le conclusioni di un parere reso dal Consiglio di Stato in data 11 gennaio 2005⁶: "poiché la responsabilità amministrativa è correlata all'inidoneità dei sistemi di organizzazione e vigilanza adottati dalla specifica società i cui vertici o dipendenti hanno commesso il reato e, quindi, a presupposti oggettivi riferibili ad una realtà aziendale, deve escludersi che, nel caso di reati commessi nell'ambito di una delle società appartenenti al gruppo societario, le relative sanzioni o misure cautelari siano genericamente estendibili a tutte le società apparenti al gruppo".

Alla luce di tali considerazioni è necessario comprendere quando il cd. "interesse di gruppo" possa rilevare ai fini dell'applicabilità della responsabilità amministrativa a più società appartenenti ad un gruppo ove sia stato già acclarato il rapporto soggettivo tra ente ed autore materiale del reato.

In merito il Tribunale del riesame⁷ affronta il concetto di interesse di gruppo nei termini che seguono:

"Il concetto di «interesse del gruppo» - già riconosciuto in varie decisioni dalla Corte di Cassazione la quale ha sottolineato che la società controllante che agisca in ausilio di altra società del gruppo non soddisfa un interesse altrui, bensì realizza un proprio interesse - è stato espressamente preso in considerazione nella legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali ed ha determinato l'inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497 ter e 2947 c.c. [Cass. 20/3/68 n. 2215; Cass. 2/4/69 n. 1963, Cass. 20/10/69 n. 907 (secondo le quali la remissione del debito da parte della holding a favore di una sua controllata non è tassabile come atto di liberalità essendo la prima mossa da un proprio interesse patrimoniale a ridurre il passivo della controllata ed a salvarla dal rischio di fallimento); Cass. 14/9/76 n. 3150 (secondo la quale le fideiussioni rilasciate da una società del gruppo a favore di altra società del medesimo gruppo non sono atti estranei all'oggetto sociale della prima perché preordinati ad un interesse sia pure mediato ed indiretto della società, ma giuridicamente rilevante, e non possono pertanto a causa della semplice mancanza di controprestazioni contrattualmente esigibili essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti); Cass. 11/3/96 n. 2001 (secondo la quale non è atto di liberalità, come tale revocabile ai sensi dell'art. 64 l. fall. la cessione gratuita di crediti verso terzi da una società all'altra del medesimo gruppo, trattandosi di atto che ubbidisce ad una logica di gruppo ed è quindi espressione di politica imprenditoriale volta al perseguimento di obiettivi che trascendono quelli delle singole società partecipanti); Cass. 29/9/97 n. 9532 (secondo la quale non è atto di liberalità, agli effetti dell'art. 64 l. fall., la fideiussione infragruppo, perché diretta a realizzare un interesse del fideiussore)]. Sulla base di queste premesse questo Giudice ritiene di dovere affermare che le società controllanti (IH) e (C) hanno esercitato, attraverso le controllate, una propria attività d'impresa ed

⁶ Parere Consiglio di Stato sez. III, 11 gennaio 2005 in *Rivista 231 Archivio elettronico*.

⁷ Tribunale per il riesame di Milano, 20 dicembre 2004, in *Rivista 231 Archivio Elettronico*.

banno soddisfatto, sempre attraverso le controllate, un proprio interesse.(IH) e (C) sono state direttamente coinvolte nella gestione dell'attività di impresa delle società controllate e non si sono limitate alla mera gestione delle partecipazioni possedute in queste ultime. Dagli atti emerge che le controllanti, attraverso i propri amministratori, hanno attivamente partecipato alla fase delle scelte decisionali concernenti la gestione degli appalti e la consumazione degli illeciti.”

In un'altra decisione⁸ si è affermato ancora che:

“Ove si aderisse all'interpretazione restrittiva del concetto di “interesse dell'ente”, si sposerebbe una visione inattuale dell'ente, concepito come una monade isolata all'interno del complesso sistema economico attuale, con conseguenti evidenti lacune di tutela tutte le volte in cui l'interesse perseguito sia ricollegabile non all'ente di cui fa parte l'autore del reato, ma ad una società controllata o controllante, oppure al gruppo nel suo insieme.

Non mancano, peraltro, interpretazioni dell'art. 5 d.lgs. 231/2001 tendenti ad estendere la rilevanza del concetto di interesse fino a ricomprendervi quella di “interesse di gruppo”, facenti leva ora sul riferimento tra i soggetti capaci di impegnare la responsabilità dell'ente, al soggetto posto al vertice di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, quale potrebbe essere considerata il “vertice” della società controllata, ora sulla possibilità di considerare i vertici della società controllante come soggetti che esercitano di fatto la gestione ed il controllo dell'ente, idonei ex art. 5 ad impegnare la responsabilità dell'ente.

Appare evidente che, in presenza di gruppi d'impresa, il perseguire l'interesse di gruppo attraverso la commissione di un reato, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell'integrazione dei criteri d'imputazione oggettiva della responsabilità.

L'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano⁹, evidenzia che, “ai fini della responsabilità dell'ente, il reato possa essere destinato a soddisfare contestualmente l'interesse di diversi soggetti (siano essi persone fisiche o altri enti), purché tra essi vi sia anche l'ente che nel quale chi ha commesso il reato riveste una posizione apicale rilevante ai sensi della normativa indicata, nella specie quella di soggetto che svolge funzioni di amministratore.

“L'attivarsi di soggetti che non facevano parte in alcun modo delle società controllate e che non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo - non può che trovare giustificazione nella finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società e, quindi, all'interesse di più società non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto l'aggiudicazione degli appalti ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili.

L'interesse di gruppo si caratterizza, infatti, proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte.

Né è fondato il timore, espresso dalla difesa che in tal modo si finirebbe per estendere al di là del ragionevole la responsabilità degli enti laddove gli stessi costituiscano un gruppo (finendo per coinvolgere ed esporre a gravissime sanzioni le capogruppo per reati che hanno avvantaggiato solo alcune delle controllate), infatti limite e misura del coinvolgimento della controllante è il criterio di imputazione del

⁸ Gip presso il Tribunale di Milano, 26 febbraio 2007, in *Rivista 231 Archivio Elettronico*.

⁹ Tribunale per il riesame di Milano, ordinanza 20 dicembre 2004, in *Rivista 231 Archivio elettronico*.

reato commesso dalla persona fisica, che implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente, nella specie la posizione apicale di amministratore della controllante da parte di chi ha commesso il reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

In altre parole la responsabilità da illecito amministrativo dipendente da reato può colpire la capogruppo non in modo indiscriminato o irragionevole ma solo quando sussista nei suoi confronti il criterio di imputazione dell'atto all'ente, cioè l'appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato, ciò che garantisce dal rischio di qualsiasi arbitraria e ingiustificata estensione della responsabilità.

In modo estremamente perspicuo e convincente il Giudice di primo grado ha poi ricordato che la nozione di interesse del gruppo è ormai una nozione non di mero fatto ma accolta dal codice civile in alcune norme tra le quali quelle di cui all'art. 2497 ter e 2947 c.c., a conferma del rilievo giuridico di tale tipo di interesse e della necessità e possibilità di prenderlo in considerazione allorché le norme facciano riferimento alla nozione di interesse come nel caso dell'art. 5 D.L.vo n. 231/2001.

Ciò costituisce definitivo riconoscimento giuridico degli orientamenti giurisprudenziali, pure ricordati dal G.I.P., secondo cui non possono essere considerati atti di liberalità da sottoporre alla relativa tassazione ovvero alla revoca fallimentare ex art. 64 L.F., quegli atti (quali la remissione di debito, la cessione gratuita di crediti o la fideiussione) che, se compiuti nei confronti di un terzo, costituirebbero certamente liberalità, ma che, se compiuti dalla controllante a favore della controllata o comunque infragruppo, corrispondono a un interesse patrimoniale del disponente, di cui è titolare come parte del medesimo gruppo del beneficiario, così da farne venir meno il carattere di mero atto liberale, proprio in forza del riconoscimento della valenza giuridica di un simile interesse, l'interesse di gruppo appunto.

b. Modello di gruppo o modelli delle singole società?

La dottrina concorda, ormai, sulla necessità che ciascuna società predisponga, adotti ed attui un proprio Modello Organizzativo, abbandonando l'idea del cd. "Modello di gruppo". Il gruppo, infatti, non ha una propria autonomia giuridica e come tale altro non è che l'insieme di unità tra loro completamente autonome. Per poter ottenere l'esonero della responsabilità prevista dal d.lgs 231/2001 ciascun ente, facente parte del gruppo, deve dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un proprio Modello di Organizzazione e di Gestione idonei a prevenire reati.

Si avranno, quindi, tanti Modelli Organizzativi quante sono le società, caratterizzati ciascuno dalle proprie peculiarità, da mappature con attività a rischio tipiche del singolo *business* e da protocolli e procedure che rispecchino le esigenze rilevate dai rischi in concreto riscontrati.

L'adeguamento alle previsioni del DECRETO non è obbligatorio, se non in alcuni particolari ambiti, ma evidenzia la volontà dell'azienda e/o del gruppo di attuare una politica d'impresa fondata sull'accettazione e la condivisione di determinati principi etici.

Si sottolinea, altresì, che in virtù dell'attività di direzione e coordinamento la cui disciplina è prevista dagli artt. 2497 ss. del codice civile, la società capogruppo, pur nel rispetto dell'autonomia delle singole società, deve impartire ed attuare direttive unitarie in merito alla filosofia etica che caratterizza l'attività di prevenzione disciplinata dal Decreto.

In concreto, è opportuno che la società madre suggerisca alle società figlie di adottare un proprio Modello Organizzativo e verificare, poi, che lo abbiano concretamente attuato, al fine di evitare effetti negativi indiretti nel caso venga contestata la responsabilità amministrativa ad una delle figlie.

E'prassi l'emanazione da parte della *holding* di un codice etico di gruppo che rappresenti e riassume i principi comuni a cui tutte le società partecipate, in modo uniforme, debbano ispirarsi nello svolgimento delle proprie attività. Codice etico che potrà diventare patrimonio del singolo ente tramite l'adozione formale da parte dei propri consigli di amministrazione.

Coordinamento deve esserci, anche nel sistema di controllo a presidio delle attività a rischio riscontrate. E' necessario, infatti, che i protocolli e le procedure adottate dalle singole realtà trovino armonia e coerenza nei principi dettati dalla capogruppo, onde evitare strani fenomeni di schizofrenia. Nel caso in cui tra le società del gruppo ve ne fossero alcune prive di dipendenti (cd. scatole vuote), le cui attività principali siano svolte in service, per esempio, dalla capogruppo, sarà necessario prevedere nei contratti apposite clausole di condivisione ed accettazione dei protocolli e delle procedure con cui la società che offre il servizio opera. Tutto ciò al fine di dimostrare che le società che beneficiano del servizio abbiano verificato e condiviso regole comportamentali in linea con le previsioni del d.lgs. 231/2001.

c. Organismo di Vigilanza nel gruppo: rapporti tra OdV della società madre e quelli delle figlie

Ogni società, così come deve adottare un proprio Modello Organizzativo deve nominare un proprio Organismo di Vigilanza. Infatti, a norma dell'art. 6, comma 1, lett. b), il "compito di vigilare sul funzionamento ed osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento deve essere affidato ad un "organismo dell'ente"¹⁰. "Organismo dell'ente e, pertanto non "di un altro ente", come potrebbe essere, ad esempio, la società capogruppo nei confronti delle sue controllate o le stesse controllate, reciprocamente tra loro."¹¹ Ciò non toglie che per un discorso di efficienza delle risorse e di riduzione dei costi, l'appartenenza ad un gruppo condizioni la composizione degli Organismi di Vigilanza, almeno per quanto riguarda la scelta del numero dei membri. E' comprensibile, infatti, che si prediliga un organismo collegiale nella capogruppo, soprattutto se operativa e incaricata di svolgere attività di *service* per le partecipate e nelle società del gruppo considerate più grandi o con un numero di attività maggiormente a rischio - reato. E' evidente, però, che per poter ottenere un presidio rafforzato in termini di autonomia dei singoli Organismi di Vigilanza e quindi una maggiore garanzia di idoneità dei modelli stessi è sconsigliabile nominare soggetti interni negli organismi monocratici e/o i medesimi soggetti in più organismi. Tutto ciò in quanto, potrebbe non essere completamente garantita l'autonomia dei singoli organismi, con il conseguente rischio di una risalita delle responsabilità penali tramite l'identità soggettiva degli stessi. Vero è che, non essendo l'Organismo di Vigilanza

¹⁰ In merito si ricorda che per "organismo dell'ente" non si intende composto da soggetti dipendenti dell'ente. "Non è, infatti, la natura giuridica del vincolo contrattuale stipulato con la società che identifica l'organismo come "dell'ente", quanto l'inserimento nella sua organizzazione e la responsabilità verso quei soci e quegli organi direttivi che li hanno incaricati e nominati." U. LECIS *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in questa *Rivista* 2/2006 pp. 45 ss.

¹¹ U. LECIS, *op. cit.*

uno dei soggetti previsti dall'art. 5 d.lgs. 231/2001, i casi di estensione della responsabilità amministrativa a più enti tramite la commissione del reato di un unico soggetto (Organismo di Vigilanza) presente in entrambe le società, potrebbe essere configurato solo nel caso di omessa o insufficiente vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello Organizzativo.

L'attività di coordinamento tra gli organismi delle società del gruppo è non solo auspicabile, ma oserei dire necessaria. Infatti, lo scambio periodico di informazioni reciproche consente di avere una visione globale dei rischi e delle carenze presenti nel gruppo, consentendo ai singoli organismi di intervenire in modo unitario evitando di creare "spazi grigi" in cui, per mancanza di chiarezza sugli ambiti di competenza, possano annidarsi rischi concreti. Utile può essere la programmazione di incontri periodici in cui si prevede di approfondire temi di comune interesse, predisponendo piani congiunti di intervento. L'attività di coordinamento tra organismi, se mal gestita, potrebbe costituire un rischio concreto di migrazione di responsabilità tra gli enti. Potrebbe, infatti, essere rilevato dall'organismo di una delle società una criticità rilevante ai fini del Decreto, che venendo comunicata agli altri organismi, comporterebbe un inevitabile coinvolgimento di questi e delle rispettive società di appartenenza.

Un altro aspetto interessante da considerare è la collaborazione tra Organismo di Vigilanza e funzione *Internal Audit* di gruppo, ove esistente. Il più delle volte, infatti, l'*Audit* è una struttura della capogruppo ed in virtù di un contratto di *service* fornisce la sua attività di controllo anche alle altre società. Riguardo a ciò, come evidenziato anche dalle Linee Guida di Confindustria, può essere utile prevedere con apposito contratto, la possibilità di avvalersi della funzione medesima per effettuare dei controlli specifici, di volta in volta individuati. Le conoscenze tecniche e la maggiore estensione dell'ambito dei controlli da questa normalmente svolti possono essere molto utili per individuare e/o approfondire situazioni di rischio e trovare controlli a presidio specifici. Tale forma di collaborazione non esclude la necessità di un'attività di verifica propria ed autonoma da parte dell'Organismo di Vigilanza.

d. Forme alternative di gruppi di impresa

Nella realtà imprenditoriale attuale si riscontra spesso l'esistenza di forme di associazioni di imprese assimilabili al Gruppo. Si citano a titolo esemplificativo: le Associazioni temporanee di impresa che sono aggregazioni di fatto fondate su un reciproco accordo di collaborazione determinato dalla necessità di unire i diversi requisiti e le diverse competenze tecniche maturate al fine di partecipare ad una gara di appalto; le *joint venture*, contratto con cui due o più imprese, anche appartenenti a stati diversi, si impegnano a collaborare nella realizzazione di un determinato progetto per suddividere i rischi e sfruttare le reciproche competenze; le società consortili o società veicolo, società di capitali con uno scopo consortile ben individuato quale ad esempio la realizzazione di un'opera.

Tali forme di connessioni tra imprese, funzionali al perseguimento di un comune interesse, pur non definendosi un gruppo in senso tecnico, possono giungere in sede interpretativa ad una sostanziale equiparazione in punto di disciplina alla realtà dei gruppi. Si ricorda, in merito, il provvedimento¹² che chiaramente prevede, come

¹² Gip presso il Tribunale di Milano, 26 febbraio 2007 in *Rivista231 archivio elettronico*.

schemi tipici di organizzazione, le forme di collegamento societario e di reti aziendali, equiparandole, in virtù della reciproca cointeressenza, alla nozione di gruppo. In proposito si legge: *“I comportamenti illeciti, infatti, vengono in concreto sempre più spesso realizzati nei mercati regolamentari, dalle più importanti e capitalizzate società commerciali, organizzate secondo i più moderni principi di “ingegneria societaria ed aziendale”, i quali prevedono ormai come schemi tipici di organizzazione quelli del collegamento societario e delle reti aziendali.*

In particolare, la realtà economica vede sempre più il prosperare dei gruppi di società, la cui caratteristica è quella di corrispondere, sotto il profilo economico, ad un complesso unitario ed organizzato ispirato da indirizzi strategici unitari, che ripete gli schemi di comando e di controllo esistenti all'interno di una singola unità aziendale complessa.

Alla luce di quanto sopra esposto, è di chiara evidenza la reciproca cointeressenza (cd. compartecipazioni incrociate), all'epoca dei fatti, tra D e B.

Ciò consente di inquadrare l'operazione, complessivamente considerata, nella funzione di direzione strategica e finanziaria del “gruppo”.

Tale valutazione non risulta sconfessata dalla considerazione difensiva che la B è soggetto giuridico distinto rispetto al “gruppo BB”.

Al di là dell'ovvia distinzione giuridica-formale tra il gruppo BB e la B, è di tutta evidenza l'appartenenza ad una medesima “cordata” a cui possono corrispondere, come nel caso di specie, comuni scelte di politica aziendale e finanziaria.”

Ne consegue un rischio concreto di risalita di responsabilità ex d.lgs. 231/2001 tra le singole entità giuridiche. In relazione, ad esempio, alle società consortili che si costituiscono a seguito dell'aggiudicazione di una gara di appalto per la realizzazione di un'opera, vengono nominati consigli di amministrazioni al cui interno sono presenti quasi sempre dirigenti e/o dipendenti delle società consorziate che, in quanto tali, possono provocare un corto circuito in presenza di un indiscusso interesse e vantaggio di gruppo, individuato dal perseguimento dell'oggetto sociale per cui hanno costituito la società, ovvero dalla costruzione dell'opera, oggetto di aggiudicazione. A tal fine, è indispensabile la predisposizione di un modello della società consortile che preveda non solo rischi specifici dell'attività che svolge, ma anche rischi da “rapporti con le società consorziate”, primo tra tutti il rischio di associazione per delinquere. A fronte di ciò è necessaria la previsione di strumenti di controllo, codice etico, protocolli e procedure che siano accettati e condivisi anche dalle società consorziate, al fine di renderli propri, almeno nella gestione dei “rapporti tra consorziate”.

e. I gruppi “transnazionali”

In ultima analisi si dedica un breve cenno alle problematiche connesse all'applicazione in concreto delle disposizioni previste dal Decreto in relazione ai “gruppi transnazionali”. In merito si evidenzia l'assoluta mancanza di indicazioni di riferimento non solo nell'ambito della normativa, ma anche da parte della giurisprudenza e delle linee guida delle associazioni di categoria.

“L'effetto della globalizzazione ha comportato un'espansione planetaria dell'organizzazione produttiva. Nell'economia globale non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali; non c'è solo la globalizzazione degli scambi: circolano, prima ancora delle merci, il *Know how* e le licenze di produzione; i contratti di *joint venture* attuano la collaborazione produttiva tra imprese di paesi

lontani; soprattutto in ambiti transnazionali si disloca e si ramifica la stessa organizzazione produttiva e distributiva”¹³.

E' necessario, dapprima, distinguere tra gruppi transnazionali la cui capogruppo ha sede in Italia e gruppi transnazionali che hanno nel nostro paese solo una o più società controllate/collegate, ma non la capogruppo.

Nella prima ipotesi si evidenzia la necessità della capogruppo di adeguarsi al Modello Organizzativo in quanto soggetta alla normativa italiana. Riguardo all'eventuale attività di direzione e coordinamento eventualmente da questa esercitata, si ritiene, dapprima, opportuno che suggerisca alle società estere del gruppo l'adeguamento alle eventuali normative equipollenti presenti nei singoli paesi di riferimento, cercando di effettuare, ove possibile, un'attività di efficientazione, armonizzazione e coordinamento degli eventuali elementi di controllo esistenti, oltreché delle risorse dedicate alle materie in esame. In secondo luogo, sarà cura della capogruppo dettare alle società figlie regole comportamentali (es. consegna del codice etico di gruppo, previsione di un divieto espresso per le società estere di operare in Italia se non in conformità alle normative italiane) e principi di controllo, proponendo l'adozione di protocolli e procedure in linea con la normativa italiana, quali, ad esempio, le procedure contabili ai fini della redazione del bilancio consolidato, ecc.).

Il gruppo transnazionale con società partecipata avente sede in Italia, presenta problematiche differenti.

Le multinazionali americane, ad esempio, normalmente possiedono un proprio *code of business conduct* ed un numero consistente di procedure cd. *corporate* che spesso non sono completamente conformi alle normative italiane. Lo sforzo della società partecipata italiana, nel corso della predisposizione del proprio Modello Organizzativo, sarà di integrare il codice di casa madre o di creare un autonomo codice di comportamento ai fini del d.lgs. 231 /2001 così come di prevedere procedure integrative e/o *addendum* italiani alle procedure internazionali. Sarà poi necessario imporre ai soggetti esteri appartenenti al gruppo di rispettare le regole del Modello Organizzativo ogniqualvolta si trovino ad operare in Italia.

2. Conclusioni

All'esito della seguente indagine sono evidenti le numerose criticità riscontrate in occasione dell'applicazione in concreto della normativa in esame ai gruppi di impresa, determinati, come detto, dall'assenza di una specifica regolamentazione. Si auspica, pertanto, a fronte dei promessi interventi legislativi di riforma un approfondimento della materia in esame che tenga conto dei numerosi risvolti pratici che le molteplici forme di aggregazione societaria comportano. Tutto ciò per evitare che lo sforzo, anche economico, sostenuto dalle aziende per adeguarsi al DECRETO sia vanificato da interpretazioni giurisprudenziali che non tengano conto della complessità delle relazioni infragruppo.

¹³ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam 2010 , pp. 720 ss.

POTERI DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE. ATTIVITA' DI ORDINARIA E STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE

Dott. Guido Chiametti - Dott. Alberto Giorgi, studio Dott. Guido Chiametti, Commercialista in Milano

Leggendo attentamente l'art. 15 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, (ormai il decreto legislativo ha più di dieci anni di anzianità) comprendiamo quali sono i poteri che il legislatore ha attribuito al commissario giudiziale.

Nella sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il Giudice indica i compiti e i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente.

Il comma 2 dell'articolo sopra citato è molto chiaro, tenuto conto che detta norme ben precise circa il comportamento che il commissario deve seguire nell'ambito della gestione, che il medesimo ha assunto.

Il verdetto con il quale lo stesso viene nominato deve essere ben preciso, in quanto viene stabilito con chiarezza il lavoro e le mansioni che lo stesso deve svolgere.

La norma statuisce che il commissario non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice.

Questo è un punto molto importante del decreto legislativo surrichiamato, che deve essere tenuto ben presente, al fine di non compiere operazioni non contemplate nella sentenza, e che se praticate o messe in opera, possono essere invalidate dal giudice stesso.

Ed è qui che viene inquadrato tutto il discorso che può riguardare il campo di ordinaria e straordinaria amministrazione¹.

Il commissario deve svolgere le proprie operazioni in modo ben preciso, e quanto andrà a svolgere deve essere di ordinaria amministrazione, vale a dire di carattere normale.

¹ I concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione, relativi al potere di gestione, e quindi ad un potere di amministrazione "interna", risentono dell'ambiguità insita nel limite che le distingue, ossia l'oggetto sociale. Se infatti si raffronta la distinzione tradizionale (ed espressamente disciplinata) tra amministrazione ordinaria (conservativa del patrimonio) e straordinaria (dispositiva) prevista per i beni degli incapaci, si noterà subito come, nei casi concreti, in molti statuti di società a responsabilità limitata, lo stesso oggetto sociale preveda atti dispositivi che ricadrebbero sotto la qualifica di straordinari, ma che, essendo compresi nell'oggetto sociale, sono solo ordinari. Si può quindi ritenere che di amministrazione straordinaria si possa parlare quando si intendano atti e operazioni diretti a modificare profondamente la struttura economico/organizzativa della società, senza però che questa definizione possa identificare senza ombra di dubbio cosa sia ordinario e cosa sia straordinario.

In buona sostanza, al commissario è affidata la gestione dell'attività sociale per un lasso di tempo ben preciso, per il compimento di tutti gli atti, di ordinaria amministrazione, che il giudice gli ha attribuito.

Con le presenti pagine, i relatori cercano di effettuare una disamina, più reale possibile, cercando di delimitare i singoli campi in cui la gestione può essere classificata come ordinaria, distinguendola da quella straordinaria.

Delimitare il campo di ordinaria amministrazione da quella straordinaria, non è facile.

Tenuto conto della mancanza di delimitazione netta di tale confine, gli autori del presente articolo cercheranno di delineare vari casi, dirimendone la portata.

Bisogna precisare che, con il proprio incarico, il commissario giudiziale amministra, per un lasso di tempo ben determinato, la società o l'impresa ove è stato nominato.

Amministrare significa dare esecutività di tipo materiale e non, con i mezzi a disposizione, vale a dire compiere gli atti diretti al conseguimento dell'oggetto sociale.

Ed è appunto agli amministratori nominati dall'assemblea o dall'atto costitutivo, o al commissario giudiziale come nell'istituto del d.lgs. 231/2001, che è affidato il compito di dare materiale esecuzione sia alle delibere dell'assemblea, sia agli atti di gestione, tanto di ordinaria quanto di straordinaria amministrazione (art. 2380 c.c.).

Una volta definito quanto sopra, corre l'obbligo di ricercare l'aspetto distintivo tra negozi giuridici di ordinaria amministrazione, e i negozi di straordinaria amministrazione.

Secondo la tesi tradizionale, la differenza va colta nella natura intrinseca dell'atto, tenuto conto altresì della rilevanza e della funzione economica del medesimo.

In genere, gli atti di ordinaria amministrazione sono funzionali alla conservazione dell'integrità del patrimonio, quelli di straordinaria amministrazione implicano invece una modificazione del valore capitale del patrimonio stesso.

Risulta comunque evidente che questo assunto, modulato sull'incidenza funzionale dell'atto sul patrimonio, deve essere temperato da un'analisi dell'incidenza economica dell'atto stesso.

In concreto potrebbe darsi che un atto, pur astrattamente qualificabile come eccedente l'ordinaria amministrazione, per la tenuità economica dello stesso, si appalesi piuttosto di ordinaria amministrazione.

Ed è qui che la linea di demarcazione fra l'ordinaria e la straordinaria amministrazione diventa sottile, quasi impercettibile.

Alcuni esempi valgono a chiarire la portata di quanto espresso sopra.

La vendita di beni/servizi cui è preordinata l'attività sociale, costituisce ordinaria amministrazione, *ex adverso*, l'alienazione di cespiti o di un insieme organizzato e coordinato di essi, qualificabile come azienda, costituisce un atto di straordinaria amministrazione.

Come è evidente, non è la vendita ad essere intrinsecamente atto di straordinaria amministrazione: occorre temperare la considerazione dell'aspetto causale dell'atto, con la valutazione dell'oggetto medesimo.

Talvolta è la legge stessa a qualificare espressamente un atto, come appartenente all'ordinaria o alla straordinaria amministrazione; nel caso specifico viene incontro, l'art. 15, comma 3, d.lgs. 231/2001, più volte richiamato, laddove stabilisce: *“Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura*

l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice".

Nel momento in cui il commissario giudiziale si trova nelle condizioni di dover sostituire l'organo amministrativo nelle sue funzioni, secondo quanto stabilito dalla sentenza di nomina, la legge prevede che l'avvicendamento, o meglio la sostituzione a tale incarico, per un lasso di tempo ben determinato, debba avvenire in relazione solo e limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione.

In linea generale, possono essere considerati atti di ordinaria amministrazione tutte quelle attività rientranti nella tipologia di attività semplici di impresa, esercitata abitualmente dalla società che viene amministrata.

In altre parole, sono individuati in questa categoria tutti gli atti e i fatti classificabili nella normale attività della società, la quale, per poterli attuare, necessita dell'intervento degli amministratori.

Si tratta pertanto per il commissario giudiziale, amministratore *pro - tempore* della società, di far continuare il normale svolgimento dell'attività societaria, nel concetto più semplice e più elementare possibile, sotto la stretta osservanza e controllo del giudice stesso.

Secondo l'interpretazione letterale, al commissario giudiziale spetterebbe il compito di compiere tutti quei fatti necessari alla conservazione del patrimonio o al suo miglioramento e, in tal caso, non rientrerebbero dunque quegli atti deliberati, senza apposita autorizzazione del giudice, dai quali potrebbero scaturire nuove attività, o nuove operazioni di gestione, di significativa importanza.

Pertanto il commissario giudiziale, nel periodo del suo incarico ha il potere di gestione della società, con i limiti sopra descritti, vale a dire la potestà di decidere il compimento degli atti sociali (e tale potere ha rilevanza interna), ma è anche rappresentante della società perché ha il diritto di esprimere all'esterno la volontà sociale, cioè di agire in nome e per conto della società, e tutto questo ha rilevanza esterna.

Per il periodo del suo incarico, la rappresentanza della società spetta al commissario giudiziale, a seconda del mandato avuto dal giudice.

Il raggio di azione del commissario giudiziale è più limitato rispetto a quello degli amministratori veri e propri della società *in bonis*, in quanto, per la parte straordinaria, come già ribadito, ha bisogno di specifica autorizzazione del giudice.

E' necessario, quindi, sviluppare una riflessione organica, seppur non omnicomprensiva, sulla natura e sui contenuti del rapporto che il commissario giudiziale² è chiamato ad intrattenere con il giudice designatore, nell'adempimento dei compiti da questi assegnati ed in osservanza dei poteri dal medesimo conferiti.

E' bene rammentare che l'art. 15 del sopracitato decreto configura il commissariamento *"come una misura sostitutiva delle sanzioni interdittive, diretta ad evitare che l'accertata responsabilità dell'ente si risolva in un pregiudizio per la collettività ogni qual volta la sanzione inflitta dal giudice incida sul servizio pubblico svolto dall'ente, provocandone l'interruzione, ovvero quando l'interruzione dell'attività*

² Nominato, ai sensi dell'art. 15, d.lgs. 231/2001, nella fase cautelare dei procedimenti amministrativi istruiti in capo ai soggetti dotati di autonoma personalità giuridica e non.

*dell'ente, sempre per effetto della sanzione interdittiva, provochi rilevanti ripercussioni sull'occupazione..."*³.

Solo in presenza di una di queste distinte situazioni, da cui possono derivare conseguenze negative per il pubblico interesse, il Legislatore ha previsto una sorta di espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali, usualmente avvocati all'organo amministrativo, espressione della proprietà aziendale, che vengono assunti dal commissario di nomina giudiziale, per assicurare, *salvis legibus*, la prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Il sopracitato pronunciamento della VI Sezione Penale della Cassazione, pare tuttavia aver voluto definire uno specifico perimetro di contingentamento, all'azione giudiziale di espropriazione della "potestà imprenditoriale"; affermano infatti gli ermellini che, anche in ambito cautelare, *"Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente il giudice deve indicare i compiti ed i poteri del commissario (art. 15 cit., comma 2);"*.

Il Giudice di Legittimità, in questo caso, sembra affermare *claris verbis* che i poteri attribuiti al commissario debbano essere proporzionali ai compiti allo stesso attribuiti; tra questi, il soggetto di nomina giudiziale *"cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, in quanto la sostituzione della sanzione si giustifica solo se la prosecuzione dell'attività avviene in una situazione di legalità organizzativa, che cioè non favorisca il rischio del ripetersi degli illeciti."*

Altresì, il pronunciamento de quo sottolinea che i poteri di attribuzione giudiziale, lungi dall'essere mere indicazioni massimali, si qualificano quali *"indicazioni funzionali per la corretta gestione dell'ente nella delicata fase cautelare, ma che acquistano un rilievo particolare anche in relazione alla valutazione di adeguatezza della misura sostitutiva in questione"*.

La Suprema Corte ha dunque ponderato a fondo la portata del comma 1 dell'art. 14, d.lgs. 231/2001⁴, sancendo che, anche il giudice della cautela, è tenuto a valutare l'incidenza della misura assunta, declinandola in funzione della specifica attività cui si riferisce l'illecito compiuto dall'ente *de quo*, limitando, ove possibile, la misura interdittiva, ovvero il potere del commissario giudiziale, solo ad alcuni settori di attività dell'ente.

Prosegue il giudice di Legittimità, affermando che *"la valutazione sulla frazionabilità della misura non è condizionata dalla differenziazione dell'attività dell'impresa, ... in quanto anche ad un ente che svolge un'unica attività può essere applicata una misura limitata solo ad una parte dell'attività stessa."*

Alla luce del pronunciamento in commento, è lecito domandarsi quale condotta debba assumere il soggetto, giudizialmente investito dell'incarico commissariale, allorquando ravvisi circostanze od elementi che, per la loro importanza, debbano da una parte essere portati tempestivamente all'attenzione dell'organo giurisdizionale, ma che al contempo richiedono di essere affrontati e risolti con immediatezza, per non compromettere l'economicità ed il *going concern* della gestione aziendale.

³ Corte Suprema di Cassazione, Sezione VI Penale, sentenza n. 20560 pronunciata il 25 gennaio 2010.

⁴ *"Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. Il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11, tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso."* Art. 14, comma 1, d.lgs. 231/2001.

Entrando *in medias res* della questione ci si chiede se le comunicazioni trimestrali di cui al comma 2 dell'art. 79⁵, d.lgs. 231/2001, costituiscano uno strumento che, pur necessario, sia anche sufficiente a garantire il corretto bilanciamento tra la necessaria implementazione di un Modello Organizzativo "a prova di reato", e idiosincratice gestione "imprenditoriale"⁶ dell'attività aziendale.

Salvo il basilare assunto di cui all'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 15⁷, e focalizzata l'attenzione sugli enti dotati di autonomia patrimoniale perfetta, si vuole ora passare in rassegna alcune delle casistiche, osservabili nel normale divenire delle vicende aziendali, in cui il ruolo assunto dal commissario giudiziale, in veste di amministratore del soggetto giuridico *de quo*, risulta determinante nel dettare tempistiche e fattibilità dei mutamenti, afferenti l'adeguamento della fisiologia giuridica dell'impresa, ai mutamenti del contesto economico di riferimento.

Entrando più nel vivo della questione, vengono analizzati alcuni casi pratici, vedendo quali sono i poteri del commissario in ogni singola fattispecie.

Gli esempi sono i seguenti.

Aumento di capitale

art. 2381 c.c. S.r.l.

art. 2365 c.c. S.p.A.

Analogamente a quanto disposto per la Spa, il legislatore della riforma⁸ ha previsto che anche nella S.r.l. l'atto costitutivo possa delegare l'aumento del capitale agli amministratori, determinandone i limiti e le modalità di esercizio.

A differenza che nella S.p.a., non è previsto, per questi, il limite temporale dei cinque anni. Tale previsione, di particolare significatività per le S.r.l., investe altresì il commissario giudiziale, quale amministratore *ratione temporis*, dell'esercizio di un considerevole potere, declinato nei limiti e nelle modalità di previsione statutaria, tanto di indirizzo della gestione societaria, quanto di determinazione dei pesi e dei ruoli assunti dai conferenti alla compagine sociale.

L'intervento di natura straordinaria, attuato su autorizzazione del giudice, ben può configurarsi quale elemento necessario al reperimento di fonti finanziarie necessarie e strumentali all'implementazione, nella struttura gestionale, di novellati Modelli di Organizzazione e Controllo, idonei a prevenire i reati della specie che hanno condotto l'autorità giudiziaria alla nomina del commissario medesimo.

Ex adverso, il commissario, scevro della facoltà statutaria di aumentare il capitale sociale, potrebbe trovarsi nella condizione di dover conferire al giudice della procedura sulle istanze mosse dalla compagine societaria, rogante l'attuazione della fattispecie di cui all'art. 2381 c.c. in commento; in tal caso, dunque, il commissario giudiziale non potrebbe far altro che prendere atto della volontà assembleare, semmai

⁵ "Il commissario riferisce ogni tre mesi al giudice dell'esecuzione e al pubblico ministero sull'andamento della gestione e, terminato l'incarico, trasmette al giudice una relazione sull'attività svolta nella quale rende conto della gestione, indicando altresì l'entità del profitto da sottoporre a confisca e le modalità con le quali sono stati attuati i modelli organizzativi." Art. 79, comma 2, d.lgs. 231/2001.

⁶ Ovvero efficace ed efficiente. Per approfondimenti, si veda USAI G., *L'efficienza nelle organizzazioni*, Utet, Torino, 1990, pp. 251 - 253.

⁷ "Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice." Art. 15, comma 3, d.lgs. 231/2001.

⁸ Art. 2381 c.c., così come novellato dalla legge 366/2001.

indirizzando le fonti ritratte dell'operazione *de qua*, all'implementazione dei novellati Modelli di Organizzazione e Controllo sopraccitati, ma non potendo prevaricare i limiti decisionali, statutariamente riservati alla volontà assembleare.

In tal senso, solo una delibera interdittiva dell'autorità giudiziale potrebbe inibire la volontà assembleare.

Quest'ultima condizione è altresì l'unica configurabile nel caso di aumento di capitale sociale in una S.p.A.⁹; nello specifico il commissario si troverebbe nella situazione di dover relazionare la decisione assembleare al giudice, avendo preventivamente verificato la completa liberazione delle azioni precedentemente emesse.

Sarà infatti compito del giudice, ravvisati gli estremi del caso, disporre un'ordinanza interdittiva volta ad interrompere l'attività dell'ente e, con essa, la deliberazione di aumento del capitale sociale.

Ben venga l'aumento del capitale sociale, che consiste nell'immissione di denaro fresco nella casse sociali. In tal caso, compito del commissario giudiziale sarà quello di informare il giudice e dovrà convocare l'assemblea dei soci per tale delibera e presenziare l'atto notarile per tutte le formalità del caso.

Riduzione del capitale sociale

art. 2482 c.c. S.r.l.

art. 2445 c.c. S.p.A.

Nelle società a responsabilità limitata la decisione di ridurre il capitale è rimessa alla volontà dei soci, da adottarsi discrezionalmente alla stregua di ogni altra modifica statutaria, nel rispetto del limite minimo di capitale fissato dall'art. 2463 c.c.

Presupposto di tale decisione è peraltro l'assenza di perdite, non solo di importo tale da eccedere un terzo del capitale, ma anche di misura tale che il limite del terzo venga ad essere superato proprio per effetto della riduzione.

In ragione del maggior margine di autonomia concesso alla società a responsabilità limitata, non si applica qui la regola, prevista per la S.p.A.¹⁰, per la quale l'avviso di convocazione deve indicare le ragioni e le modalità della riduzione.

In assenza di un obbligo di informazione pre - assembleare, si richiede all'organo amministrativo, ovvero al commissario giudiziale in carica, esclusivamente il rispetto del generale obbligo di informazione, sancito dal terzo comma dell'art. 2479-ter c. c.¹¹.

Neppure dalla delibera è prescritto che risultino le ragioni della riduzione. Possono essere le più varie e tra esse può annoverarsi, quella di adottare una struttura organizzativa in cui, ove non ricorra il superamento di almeno due dei limiti dimensionali richiamati dall'art. 2477 c.c., la nomina dell'organo di controllo sia meramente eventuale.

⁹ Artt. 2365 e 2438 c.c.

¹⁰ Art. 2445 c.c.

¹¹ "Le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazione possono essere impugnate da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione indicata nel primo periodo del primo comma. Possono essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite." Art. 2479-ter c.c.

Tale condizione non è *in re ipsa* di ostacolo alla necessità di novare il Modello Organizzativo assunto dalla società, in cui sia stata disposta, da parte dell'autorità giudiziaria, la nomina di un commissario giudiziale.

L'Organismo di Vigilanza adottato a' sensi dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001 assolve infatti il compito specifico di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza, da parte della società *de qua*, di Modelli Organizzativi atti a preservare l'ente giuridico dalla passibilità di reati, di cui al sopracitato Decreto.

Benché l'organismo sopracitato eserciti a tutti gli effetti un "controllo di conformità" sul Modello Organizzativo aziendale, verificandone l'impermeabilità alle fattispecie di reato previste dalla normativa in commento, tuttavia il compito da questi espletato non può sostituirsi e, altresì, non deve sovrapporsi al controllo di legalità esercitato dal Collegio Sindacale.

Quanto alla produzione, in analogia a quanto disposto per la riduzione conseguente a perdite, di una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, essa, per quanto opportuna, non può essere ritenuta necessaria tutte le volte che non emergano perdite dall'ultimo bilancio approvato.

Del pari, semplicemente opportuna è la dichiarazione resa dagli amministratori, e quindi nel caso dal commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 2482-*bis*, comma 3, c.c.¹², in ordine alla (non) sopravvenienza di fatti di rilievo dopo la redazione del bilancio (o situazione patrimoniale *ad hoc*). Peraltro, tutte le volte che la proposta di deliberare la riduzione proviene dagli amministratori, e nel caso dal commissario stesso su autorizzazione del giudice, è ragionevole ritenere che, in assenza di diversa indicazione nel verbale, tale dichiarazione sia implicita.

Nel caso di S.p.A., la riduzione del capitale sociale, a' sensi dell'art. 2445 c.c., può aver luogo sia mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti, sia mediante rimborso del capitale ai soci, nei limiti ammessi dagli artt. 2327 e 2413 c.c.

Con la sopracitata riforma sparisce, rispetto al testo precedente, il requisito dell'esuberanza, ovvero la specificazione che si può procedere alla riduzione del capitale (solo) quando questo risulti esuberante per il conseguimento dell'oggetto sociale; a ben vedere il capitale non è mai esuberante rispetto all'oggetto sociale, sono bensì l'entità, l'organizzazione e la composizione del patrimonio che, talvolta, possono essere contrarie a un interesse sociale.

La maggiore facilità di accedere all'istituto della riduzione del capitale "esuberante" forse ha convinto il legislatore della sostanziale inutilità di questo limite così poco chiaro, per consentire una riduzione effettiva del capitale, con restituzione ai soci dell'apporto o con liberazione dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti, svincolata dalla necessità di una motivazione particolare.

Il canuto professionista si ricorda benissimo che in tema di omologa degli atti societari, il giudice delle omologhe, in caso di riduzione di capitale sociale per esuberanza, talvolta provvedeva a convocare il notaio rogante al fine di avere ulteriori chiarimenti su tale punto.

¹² "All'assemblea deve essere sottoposta una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni nei casi previsti dall'articolo 2477 del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, copia della relazione e delle osservazioni deve essere depositata nella sede della società almeno otto giorni prima dell'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione prevista nel precedente comma." Art. 2482-*bis*, commi 1 e 2, c.c.

Ora che la fase dell'omologa non ha più quell'importanza di una volta, dopo le modifiche apportate al diritto societario, il notaio dovrà a sua volta avere tutti i chiarimenti e le motivazioni dagli amministratori per poter stendere l'atto societario con finalità in tal senso.

Questo non significa, peraltro, che la norma ammetta una riduzione arbitraria, perché il comma 2 dell'art. 2445, così come scritto oggi, richiede ancora, come richiedeva fin dalla riforma del 1986, che l'avviso di convocazione dell'assemblea indichi le ragioni e le modalità della riduzione.

Quindi è necessario che l'organo amministrativo, ovvero il soggetto di nomina giudiziale facente funzioni, dia conto delle ragioni della riduzione, e bisogna *a fortiori* che le stesse siano scritte nell'avviso di convocazione dell'assemblea. Tuttavia, ragionevolmente, si deve intendere che quelle motivazioni che sinteticamente sono date nell'avviso di convocazione, dovranno essere sviluppate nel verbale assembleare, anche attraverso riferimenti a relazioni, pareri di esperti e, nel caso, parere del giudice stesso.

Per la riduzione del capitale, vale ovviamente la regola che non è possibile ridurre il capitale al di sotto del limite legale. Un'ulteriore limite alla riduzione, è altresì dato dall'esistenza di obbligazioni non rimborsate.

In tale circostanza il comportamento del commissario giudiziale dovrà essere di natura opposta a quella di cui al punto precedente, cioè aumento del capitale sociale.

In caso di riduzione del capitale, il commissario giudiziale, come minimo, dovrà opporre resistenza al fine che tutto questo non avvenga durante la sua gestione.

Come prima cosa dovrà fare di tutto affinché tale delibera venga differita nel tempo, affinché al posto del commissario vi sia una regolare *governance*, diversa da quella di composizione di cui al d.lgs. 231/2001, vale a dire di espressione della compagine sociale. Nel caso in cui la decisione dei soci dovesse prevalere per la riduzione del capitale sociale, il commissario giudiziale dovrà informare *"tout court"* il giudice, ed attenersi scrupolosamente alle direttive che gli saranno impartite in tal senso.

Riduzione del capitale sociale per perdite

art. 2482-bis (2482-ter) c.c. S.r.l.

art. 2445 (2446) c.c. S.p.A.

Come anzidetto, con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giudice incaricato attribuisce al commissario giudiziale dei compiti, volti ad ordinare l'esercizio della potestà amministrativa a quest'ultimo conferita *in primis* verso l'adozione e l'efficace implementazione di modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire i reati della specie, di quello occorso e prodromico all'intervento giudiziale *de quo*.

Al contempo l'organo giudiziale preposto attribuisce al commissario poteri necessariamente informati al ripristino della *legalitas* nella gestione aziendale e nell'esercizio della corrispondente attività commerciale; tale attribuzione, pur espressamente menzionata all'art. 15, comma 3, d.lgs. in commento, si pone in posizione coordinata all'esercizio degli ulteriori poteri, "ordinariamente" attribuiti all'organo amministrativo degli enti dotati di autonomia patrimoniale.

Citando *ex litteris* l'incipit del sopraccitato comma, il Legislatore afferma: *"Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice ..."*; non spingendo oltre la

riflessione riguardo alle implicazioni di soggezione passiva agli obblighi ed ai vincoli connaturati all'attribuzione dell'incarico amministrativo¹³, si vuole ora approfondire il caso specifico in cui il commissario giudiziale, subentrato in vece dell'organo amministrativo in una società a responsabilità limitata, si trovi a dover attuare tutte le procedure necessarie per operare una riduzione del capitale sociale, successiva al conseguimento di perdite.

Posto che, informato il giudice e del caso ottenutane l'autorizzazione, il perfezionamento dell'operazione in oggetto, sussistendone i presupposti, risulterebbe in ogni caso funzionale al rispetto di un principio di legalità¹⁴ addirittura sovraordinato al potere dell'autorità giudiziale, il commissario sarebbe chiamato avanti all'assemblea dei soci ad esporre una relazione sulla situazione patrimoniale, dallo stesso redatta nella tenenza dei compiti e dei poteri ordinariamente avvocati all'organo amministrativo, altresì avendo l'onere di sottoscriverla e di indirizzarla all'attenzione di tutti i soci della S.r.l.

In essa, il commissario indicherà lo stato attuale in cui versa la società a livello patrimoniale, raffrontandolo con il precedente esercizio; in particolare segnalerà gli eventuali incrementi delle partecipazioni nelle società collegate, le operazioni occorse in società controllate e/o collegate, gli eventi che hanno potuto determinare una crisi della società e che l'hanno indotta a ristrutturarsi e riorganizzarsi per far fronte alle mutate condizioni del mercato e della concorrenza, il volume di fatturato realizzato, l'utile conseguito sia nel bilancio in oggetto che in quello precedente, le attività, operazioni e partecipazioni possedute dalla società, nonché le proprie conclusioni.

Altresì, nell'assemblea all'uopo convocata, il commissario dovrà dare conto dei fatti di rilievo che si siano verificati dopo la redazione della relazione sopraccitata.

Anche nel caso della riduzione del capitale per perdite in una S.p.a.¹⁵, il commissario, nella veste di organo amministrativo, dovrà presentare una relazione sulla situazione patrimoniale della società, all'uopo redigendo, pur nel silenzio del

¹³ *Ex plurimis* conflitto di interessi, art. 2474-ter c.c., e responsabilità degli amministratori, art. 2476 c.c.

¹⁴ "Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti. All'assemblea deve essere sottoposta una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni nei casi previsti dall'articolo 2477 del collegio sindacale o del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, copia della relazione e delle osservazioni deve essere depositata nella sede della società almeno otto giorni prima dell'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione prevista nel precedente comma. Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti nominati ai sensi dell'articolo 2477 devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale, anche su istanza di qualsiasi interessato, provvede con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Si applica, in quanto compatibile, l'ultimo comma dell'articolo 2446." Art. 2482-bis c.c.

¹⁵ "Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. All'assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione. La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione. Nell'assemblea gli amministratori devono dare conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione. Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono

Legislatore, anche il conto dei profitti e delle perdite, e la nota integrativa, con criteri di redazione e di valutazione ordinari o, del caso, derogati a favore di criteri di valutazione teleologicamente informati al realizzo delle poste di attivo, nel caso estremo di intervenuta insussistenza del *going concern*.

Questa relazione, con le osservazioni del Collegio Sindacale o del Comitato per il controllo della gestione, dovrà rimanere depositata presso la sede della società; altresì, in tema di società per azioni, non è prescritto quanto precisato dall'art. 2482-*bis* c.c. per la società a responsabilità limitata, e cioè che nell'assemblea l'organo amministrativo deve dare conto dei fatti di rilievo, intervenuti dopo la redazione della relazione *de qua*.

Nonostante il *fumus* normativo e avendo a riguardo la più ampia compagine di *stake holder*, potenzialmente interessati al divenire delle vicende societarie della S.p.A., *non solum* tale relazione dovrebbe pari modo ritenersi necessaria, *sed etiam* il commissario, interpellato il giudice *de quo*, dovrebbe produrre a corollario della stessa un parere dell'organo giudiziario deputato; d'altro canto è normativamente prevista la possibilità che la riduzione, quando obbligatoria, sia ordinata con Decreto del Tribunale.

Avendo attenzione allo specifico dettato dell'art. 2447 c.c. è bene evidenziare che, se è perduto l'intero capitale o una parte del capitale superiore al terzo, determinante la riduzione del capitale statutario al di sotto del minimo legale, il commissario dovrà convocare senza indugio l'assemblea per la reintegrazione del capitale o la trasformazione della società.

Altresì, al di fuori dell'art. 2447 c.c., prende corpo la fattispecie dello scioglimento, posto che l'art. 2484 c.c., al numero 4, afferma che la società si scioglie per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, salvo quanto disposto dall'art. 2447 c.c.¹⁶, ammettendo dunque la possibilità, salvo intervento interdittivo dell'autorità giudiziaria ed in luogo della ricostituzione della dotazione patrimoniale *de minimis* necessaria e sufficiente a garantire la sussistenza dell'autonoma soggettività giuridica, di procedere a trasformazioni regressive del soggetto giuridico *de quo*, in armonia con quanto stabilito dall'art. 2482-*ter* c.c. in tema di S.r.l.

Illustrato quanto sopra, il Commissario giudiziale non si augura che nel periodo di sua gestione (che in linea di massima occupa circa un quadrimestre, settimana più o settimana meno) debba verificarsi quanto sopra.

Chi ha un po' di dimestichezza con tale materia, sa benissimo che il commissario, il più delle volte non è un tecnico di diritto societario, essendo nella maggior parte dei casi un tecnico o un professionista operante nel campo dell'ingegneria o di altre professioni simili.

Il commissario non addetto ai lavori, come appena sopra citato, dovrà nel caso di specie munirsi dell'assistenza di un esperto in materia di diritto societario, affinché dallo stesso riceva consigli e direttive utili allo svolgimento del proprio ruolo.

Se riuscirà, e se la scadenza dei termini glielo permetterà, il commissario potrà differire il da farsi ad un periodo successivo alla sua decadenza da tale ruolo, dando la possibilità che tutto questo venga svolto dal suo successore, sia esso

prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436." Art. 2446 c.c.

¹⁶ A cui la novellazione del 2001 aggiunge, in tema di S.r.l., l'art. 2482-*ter* c.c., cui altresì corrisponde, nel contesto delle società per azioni, l'art. 2447 c.c.

amministratore unico che consiglio di amministrazione, quale espressione dell'assemblea dei soci.

Trasferimento della sede legale

art. 2463 c.c. S.r.l.

art. 2328 c.c. S.p.A.

La novazione al Libro V del Codice Civile, introdotta dalla legge 366/2001, ha, *ex plurimis*, notevolmente inferito circa gli elementi essenziali componenti l'atto costitutivo, "genoma" basico, nonché fondamento ontologico, della personalità giuridica a perfetta autonomia patrimoniale.

L'atto costitutivo, così come è opportunamente rubricato l'art. 2328 c.c. in tema di S.p.A., deve espressamente indicare, tra le altre cose, il "*Comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie*"¹⁷, non dovendosi altresì specificare l'indirizzo delle medesime sedi ed unità, ubicate presso un determinato ente territoriale.

Tale nozione viene *ex litteris* riproposta dal Legislatore al punto 2), secondo comma, dell'art. 2463 c.c., in tema di società a responsabilità limitata, stabilendo in tal modo un assunto di portata generale che ben si declina a favore di un'economia d'atto per le casse sociali, *ex adverso* sovente oggetto di consistenti "alleggerimenti" in sede di stipula di atti, soggetti a pubblicità legale.

Osservando quanto anzi detto con le lenti del commissario giudiziale, è possibile constatare *ictu oculi* che nel caso di variazione/soppressione della sede legale della società e spostamento della stessa all'interno del medesimo Comune, non dovendosi procedere per atto pubblico, almeno formalmente, non si perfeziona un'operazione di straordinaria amministrazione, e pertanto non risulterebbe necessario, per il commissario, operare con il beneplacito del giudice, oltretutto con il favore dell'assemblea, e sempreché l'atto costitutivo della società *de qua*, ovvero il suo statuto, non riservano al medesimo organo amministrativo la facoltà di esercitare l'attività in oggetto *sine legitimatio* assembleare.

La fattispecie in analisi, invero, incide ben marginalmente sull'attività gestoria, nel caso avvocata al commissario; nel caso in cui lo stesso, per economia della procedura, decida ad esempio di sopprimere una sede amministrativa della società, e di ricondurre la stessa in seno alla propria sede legale¹⁸, ben si comprende come anche in questo caso, l'autorizzazione del giudice *de quo* comporterebbe una semplice inflazione di atti nella procedura giudiziale.

Nel caso, sarebbe opportuno dunque comunicare al giudice stesso l'imminente soppressione/variazione della sede, ma non attenderne l'autorizzazione, in quanto se tutto questo si verifica, bisogna anche dire che tutto ciò è espressione della volontà dell'assemblea, e quindi dei soci.

Sarebbe cosa buona che durante il periodo del commissariamento non avvenisse il trasferimento della sede da un comune ad un altro, addirittura in provincia diversa. Se questo si dovesse verificare, ci potrebbero essere conflitti di giurisdizione di tribunale.

¹⁷ Art. 2328, comma 2, punto 2) c.c.

¹⁸ Si pensi ad esempio il caso in cui, avendo la società *de qua* la sede legale e la sede amministrativa site nel medesimo comune, quest'ultima sfrutti una struttura immessa nel godimento della società attraverso contratto di locazione.

Modifica dell'oggetto sociale

art. 2463 c.c. S.r.l.

art. 2328 c.c. S.p.A.

Nell'esercizio dell'attività gestoria propria di un organo amministrativo, alla stessa deputato, è possibile che il commissario giudiziale si trovi, incidentalmente, di fronte alla necessità di convocare un'assemblea straordinaria, tanto nel caso di S.p.A. quanto nel caso di una S.r.l., atta a modificare, sovente ampliandolo, l'oggetto sociale.

L'incidentalità di tale evenienza può configurarsi nella modifica di alcune delle attività svolte, nell'ampliamento dell'oggetto sociale a nuove attività, nella riduzione dello stesso oggetto sociale, cioè nella soppressione di alcune attività, ovvero, in *extrema ratio*, nella totale sostituzione dell'oggetto sociale con un oggetto completamente nuovo.

In ossequio al dettato normativo di cui ai sopracitati articoli del Codice Civile, la procedura in oggetto si declina attraverso una delibera straordinaria, perfezionata a mezzo di atto pubblico, operazione pertanto che, *in re ipsa*, richiede l'autorizzazione da parte del giudice preposto.

A ben vedere infatti, significativa è la portata di una tale operazione sulla natura e sull'attività del soggetto giuridico, oggetto di intervento giudiziale; per lo stesso commissario, la modifica/ampliamento dell'oggetto sociale implica una necessaria rimodulazione dei Modelli di Organizzazione e di Controllo sino a quel momento implementati, al fine di renderli idonei a prevenire i reati della specie di quello occorso, e non solo, anche in riferimento alle novellate/modificate attività sociali di prossima attuazione.

Anche qui, come per gli altri casi, il commissario giudiziale informerà il giudice sulla faccenda.

Se sarà possibile farà differire il tutto, in caso negativo dovrà convocare l'assemblea per svolgere tutto quanto gli compete.

Con le presenti pagine, gli autori hanno voluto, nel limite del possibile spolverare alcuni concetti di ordinaria e straordinaria amministrazione, i cui risvolti possono coinvolgere anche il commissario giudiziale.

Il contenuto del presente elaborato non ha la pretesa di essere esaustivo, tenuto conto che gli argomenti trattati possono avere, nel loro insieme, diverse sfaccettature a secondo dei casi, ma vuol essere un semplice contributo per coloro che si prestano a svolgere il ruolo di commissario giudiziale.

CORRUZIONE INTERNAZIONALE, RESPONSABILITA' DEGLI ENTI E SANZIONI INTERDITTIVE. NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Dott. Luigi Domenico Cerqua, Magistrato in Milano
Avv. Cosimo Maria Pricolo, Avvocato in Piacenza

1. Premessa

La Corte di Cassazione¹ si è pronunciata di recente sul tema dell'applicabilità delle misure cautelari interdittive nel caso in cui il reato-presupposto era costituito dal delitto di corruzione internazionale previsto dall'art. 322-*bis* c.p. La questione portata all'esame dei giudici di legittimità era riferita all'interdizione dall'esercizio dell'attività, richiesta nei confronti di due società indagate per l'illecito previsto dall'art. 25, comma 3, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dipendente dal delitto di corruzione internazionale commesso da due funzionari delle società in concorso con altri, nell'interesse e a vantaggio delle stesse e riferito alla contestuale corresponsione di compensi corruttivi a pubblici ufficiali nigeriani.

Dopo il diniego della misura ad opera del GIP del Tribunale ordinario di Milano e il successivo rigetto dell'appello del PM da parte del giudice del riesame, su ricorso dello stesso rappresentante dell'Accusa veniva della questione investita la Suprema Corte².

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, annullando con rinvio l'impugnata ordinanza, ed ha così affermato l'astratta applicabilità agli enti delle misure cautelari interdittive nel caso di commissione del delitto di corruzione internazionale.

2. La pronuncia della Suprema Corte

La Corte muove dal presupposto che è consentita, ricorrendone le condizioni, l'applicazione solo di quelle misure cautelari che siano espressamente previste dal

¹ Cass., Sez. VI, 30 settembre - 1° dicembre 2010, Pres. de Roberto, Est. Fidelbo, ENI e SAIPEM, in www.rivista231.it. Per un primo commento v. MONTESANO, *L'applicazione di sanzioni interdittive e cautelari al reato di corruzione internazionale*, in questa *Rivista*, 2-2011, p. 177.

² La massima, tratta dall'ordinanza del Tribunale di Milano, trovasi pubblicata in *Foro ambr.*, 2010, p. 85, cui segue il ricorso della Procura della Repubblica (Dr. Di Pasquale e Spadaro) e la nota di CAMERA, *Corruzione internazionale e misure cautelari applicabili agli enti: alla ricerca dell'intentio legis perduta*.

codice della responsabilità degli enti come sanzioni interdittive irrogabili in via definitiva.

Ciò premesso, i giudici di legittimità hanno diretto la loro attenzione al punto cruciale del problema, ossia se, ai sensi del d.lgs. 231/2001, sia contemplata la possibilità di infliggere all'ente, per l'illecito dipendente dal reato di corruzione internazionale, le sanzioni interdittive, e non solo la sanzione pecuniaria.

La Corte, con approccio ermeneutico sia di tipo letterale che di tipo sistematico, all'esito di un'approfondita analisi del dato normativo, ha quindi concluso per la riconducibilità all'art. 25 dianzi citato, e quindi alla legge, delle misure interdittive nel caso di commissione del delitto qui in considerazione.

La sentenza ripercorre la struttura dell'art. 25, caratterizzata nei commi 1, 2 e 3, dalla individuazione dei reati-presupposto contro la pubblica Amministrazione, tra loro raggruppati secondo un progressivo connotato di gravità e di disvalore, e dalla sola comminatoria di una graduata sanzione pecuniaria. In tali distinte previsioni non è ricompresa la corruzione internazionale, oggetto di espressa considerazione nel comma 4, ove si stabilisce che «le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai precedenti commi si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis». E' il comma 5 a comminare le sanzioni interdittive «nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3».

Pietra angolare della decisione la natura attribuita al comma 4, ritenuto una disposizione avente la funzione di mera estensione soggettiva, e non già di autonoma disciplina. Con la conseguenza che il richiamo per la comminatoria delle sanzioni interdittive effettuato dal comma 5 deve essere inteso come riferimento - grazie alla portata estensiva del comma 4 - anche alle previste figure di corruzione internazionale e di corruzione dell'incaricato di un pubblico servizio.

Ed invero, se il comma 4 avesse una funzione di autonoma disciplina, il richiamo, contenuto nel comma 5 ai delitti di cui ai commi 2 e 3, non potrebbe avere l'effetto di prevedere per questi ultimi le sanzioni interdittive. Se invece, come deciso dalla Corte, il comma 4 deve essere letto in relazione ai commi 2 e 3, il richiamo del comma 5 a questi ultimi è sufficiente a comminare anche alle figure indicate nel comma 4 le sanzioni interdittive.

Il discorso sistematico, certamente non agevole per la contorta tecnica legislativa utilizzata, porta in conclusione a ritenere che solo in relazione ai delitti contro la pubblica Amministrazione indicati al comma 1 l'applicazione all'ente delle sanzioni interdittive è preclusa.

La Corte ha svolto poi alcune ulteriori, e pregevoli, riflessioni a sostegno dell'assunto.

Escludere, sulla base di un semplice argomento strettamente confinato ad una mera lettura testuale della legge, dalle sanzioni interdittive gli illeciti collegati alla corruzione internazionale porterebbe all'esclusione dalle stesse anche le corruzioni commesse dall'incaricato di un pubblico servizio, dato che il comma 4 si riferisce sia all'art. 322-bis sia all'art. 320 c.p. Con grave caduta di ragionevolezza e coerenza sistematica della disciplina vigente in materia di delitti contro la pubblica Amministrazione.

Del pari distinguere, sul piano delle sanzioni all'ente, la corruzione internazionale dalla corruzione cd. *domestica*, con un trattamento più mite riservato agli illeciti dipendenti da quest'ultima, andrebbe a cozzare contro la più moderna ottica di

contrasto alla corruzione, fenomeno ormai divenuto di dimensione internazionale, come stabilito dalle Convenzioni e, in particolare, dalla Convenzione OCSE³.

Considerazioni senz'altro apprezzabili, ma che alla fine ruotano intorno al cuore della questione: l'interpretazione del comma 4, come si è visto.

3. Le condivisibili ragioni della Corte

La decisione della Corte ha suscitato, quasi inevitabilmente data la complessità e la delicatezza del tema, alcuni commenti critici. Questi si sono basati non tanto sulla natura autonoma, e non circostanziale, del delitto di corruzione internazionale, riconosciuta anche dalla Corte, quanto sul preteso *vulnus* al principio di legalità. Come se l'approccio interpretativo di tipo sistematico finisca per risolversi in un ragionamento analogico *in malam partem*⁴.

In realtà nessuna lesione può essere ritenuta ravvisabile, né può sostenersi che il richiamo ai soli soggetti attivi delle ipotesi di cui all'art. 322-bis c.p., e non anche al dolo specifico espressamente previsto nel caso della corruzione dei particolari soggetti stranieri indicati al comma 2 n. 2 di detta norma, possa togliere al comma 4 del citato art. 25 la funzione estensiva della quale si è detto. Infatti, se si volesse ravvisare nel comma 4 la disciplina di un'autonoma ipotesi di corruzione internazionale senza il particolare dolo specifico richiesto dall'art. 322-bis, comma 2 n. 2, c.p., questa sarebbe totalmente al di fuori, anche per la sanzione pecuniaria, dall'applicabilità del d.lgs. 231/2001. Ciò in quanto tale figura, senza quel dolo in quei casi, sarebbe priva di rilevanza sia agli effetti penali sia agli effetti della responsabilità degli enti. Con evidente irragionevolezza ed incoerenza sistematica, dato il richiamo espresso all'intera previsione dell'art. 322-bis c.p.

Del resto anche quest'ultima norma è costruita con il richiamo alla disciplina di altre disposizioni: nel caso del comma 2, agli artt. 321 e 322, commi 1 e 2, c. p. In tale ipotesi - con riferimento al n. 2 - l'estensione della previsione alle «persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria» comporta automaticamente la necessità del particolare dolo specifico richiesto in capo a detti soggetti.

³ La Convenzione, come è noto, è stata riconosciuta dalla legge 29 settembre 2000, n. 300, che ha dato vita al sistema della responsabilità degli enti derivante da reato.

⁴ Vedi, al riguardo, CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'ente per corruzione internazionale e l'applicabilità (anche in sede cautelare) delle sanzioni interdittive*, in www.penalecontemporaneo.it; MONTESANO, *op. cit.*; nonché SEVERINO, *La responsabilità degli enti per i fatti di corruzione*, relazione presentata nell'ambito del Convegno su *Il problema "mirabilmente oscuro" della corruzione*, organizzato dal Centro Studi "Federico Stella" sulla giustizia penale e la politica criminale, svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 2 dicembre 2010; nonché con particolare ampiezza di argomenti, SCOLETTA-CHIARAVIGLIO, *Corruzione internazionale e sanzioni interdittive per la persona giuridica: interpretazione sistematico - integratrice o sentenza (additiva) in malam partem?*, in *Le Società*, 2011, pp. 696 ss. Mostra invece di condividere l'interpretazione della Corte RISPOLI, *Responsabilità "penale" di enti e società: l'applicabilità delle misure cautelari interdittive nei delitti di corruzione internazionale ex art. 322-bis c.p.*, in www.dirittoegiustizia.it.

Pertanto il principio stabilito dalla Suprema Corte appare pienamente condivisibile anche nel particolare caso dei pubblici ufficiali nigeriani, e dunque stranieri, rientranti nella disciplina del comma 2 n. 2 preso in considerazione⁵.

Si segnala ancora, nei limiti in cui possa rilevare, come l'intenzione del legislatore fosse quella di sanzionare, sotto il profilo della responsabilità degli enti, gli illeciti dipendenti da fatti di corruzione internazionale allo stesso modo di quelli dipendenti da fatti di corruzione interna. Ciò pare risultare da quanto comunicato dai rappresentanti dell'Italia al Gruppo di lavoro dell'OCSE sulla corruzione nelle operazioni economiche internazionali: «con riferimento alle persone giuridiche, deve essere sottolineato che in generale la responsabilità amministrativa per l'atto illecito amministrativo dipendente da corruzione di pubblici ufficiali stranieri è la stessa prevista per la corruzione interna. In particolare saranno imposte le seguenti sanzioni: a) sanzioni pecuniarie proporzionate alla gravità del fatto e alla condotta della società; b) sanzioni inibitorie consistenti nell'interdizione dall'esercizio di attività professionale, la sospensione o la revoca di autorizzazioni e permessi funzionali alla commissione dell'illecito, nel divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, nell'esclusione da agevolazioni, nel divieto di pubblicizzare beni e servizi»⁶.

Né può dirsi che le possibili difficoltà di applicazione della sanzione interdittiva nel caso di coinvolgimento di funzionari stranieri, e quindi di amministrazioni pubbliche straniere, possa indurre ad una interpretazione difforme da quella adottata dalla Corte. Si tratta invero di un problema diverso, che riguarda l'esecuzione della sanzione, non idoneo ad incidere sulla relativa disciplina.

⁵ Nel senso della Corte di Cassazione, in sede di prima interpretazione, DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c. d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 122; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 265; DI AMATO, *Sub Art. 25*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 261. Perplesși, invece, GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001, p. 155.

⁶ Si veda il ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano, cui si è più sopra fatto cenno, p. 89; nonché CAMERA, *op. cit.*, p. 93.

LE NUOVE FRONTIERE DEL DECRETO 231: L'ATTIVITA' ECONOMICA PUBBLICA

Prof. Carlo Manacorda, Docente di Scienza delle Finanze - Bilanci pubblici, Università degli Studi di Torino

1. Le sentenze della Corte di Cassazione n. 28699/2010 e n. 234/2011

A dieci anni dall'entrata in vigore, il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, concernente: *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”* (dopo: decreto 231 o, semplicemente, decreto) estende la sua influenza anche sulle società a partecipazione pubblica che svolgono servizi pubblici. L'ampliamento avviene ad opera di due sentenze pronunciate - a breve intervallo - dalla Corte di Cassazione, II Sezione penale, con le quali la Suprema Corte attrae alla disciplina del decreto 231 l'attività economica pubblica che ne era rimasta estranea. Ci riferiamo alle sentenze n. 28699 del 09 luglio 2010 e n. 234 del 10 gennaio 2011; nei tratti di fondo comuni, e richiamando la lettera del disposto del comma 3 dell'art. 1 del decreto, affermano che si devono considerare esonerati dalla sua applicazione soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici, laddove la natura pubblicistica di un ente non è condizione sufficiente per escluderlo dall'applicazione delle disposizioni del decreto; occorre anche che esso non svolga attività economica. E' di immediata percezione che il discrimine tra la non applicazione e l'applicazione del decreto non deriva dalla natura dell'ente bensì dall'esercizio o non di attività economica, che qui è di natura pubblica avendo per oggetto la gestione di denaro pubblico.

Tenendo in conto queste brevi annotazioni d'inizio, abbiamo dunque ritenuto che non fosse impreciso titolare lo scritto: “nuove frontiere del decreto 231”. Siamo anzi convinti che le “frontiere” vadano intese in senso ulteriormente espansivo: ora punto di partenza ma dagli sviluppi plurimi nel tempo stanti i fluidi confini dell'attività economica pubblica e le progressive evoluzioni che vengono annunciate, e delle quali si dirà qualcosa in appresso.

Vediamo le due sentenze.

1.1. La sentenza n. 28699/2010

La sentenza si riferisce all'attività di società miste impegnate nella prestazione di servizi sanitari.

Come poc'anzi esposto, la Corte sottolinea, nella sentenza, che la natura pubblicistica di un ente, ancorché istituzionalmente impegnato nell'espletamento di funzioni di rilievo costituzionale (parte convenuta aveva, infatti, sostenuto la non

applicabilità del decreto poiché l'esercizio di attività sanitaria è funzione di rilievo costituzionale), non è condizione sufficiente per escluderlo dall'applicazione delle disposizioni del decreto; occorre anche che esso non svolga attività economica. Se compie attività di questa natura, è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio dalle persone indicate nel comma 1 dell'art. 5 del decreto¹. Conclude la Corte: *“D'altro canto, supporre che basti - per l'esonero dal d. lgs. n. 231/01 - la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'ente è opzione interpretativa che condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario ma in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non funzioni) di rango costituzionale”*.

La decisione - che interviene dopo che la stessa Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, si era già pronunciata sulla natura comunque privatistica delle società miste costituite per la gestione dei servizi pubblici locali ai sensi prima dell'articolo 22 della legge 142/1990, ed ora dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000 (t.u. enti locali)², interpretazione forse anticipatrice di un orientamento invocabile anche per il caso *de quo* - assume una rilevanza speciale poiché colma un vuoto interpretativo che si era posto fin dall'emanazione del decreto 231. Infatti, la genericità della dizione del comma 2 dell'art. 1 che individua i destinatari delle nuove norme negli “enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica” lasciava dubbi sulla sua applicabilità o non a soggetti che, organizzati secondo un modello societario e nel cui capitale fosse presente, totalmente o parzialmente, denaro pubblico, svolgessero servizi pubblici³. Anzi, il prevalere iniziale di una giurisprudenza che tendeva ad assegnare a questi soggetti natura pubblicistica⁴ induceva ad escluderlo: se tali soggetti erano (e sono) pubblici, incorrevano (e incorrono) già nelle responsabilità proprie del settore pubblico, conosciute dal giudice contabile e punite con sanzioni diverse da quelle stabilite dal decreto 231⁵.

La sentenza afferma dunque, inequivocabilmente, un principio: il decreto 231 si applica anche alle società pubbliche essendo implicito, come annota la Corte, che ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica⁶.

¹ Art. 5. Responsabilità dell'ente. “1.[...] a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”.

² Cfr.: Cass. civ., SS.UU., 15.04.2005, n. 7799; 26.08.1998, n. 8454; 06.05.1995, n. 4989. Così anche TAR-Toscana, Sez. II, 25.05.2009, n. 875.

³ In punto, su questa Rivista: MANACORDA C., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, 1-2006, pp. 157-162. - Sul perdurare delle incertezze applicative del decreto 231 a soggetti pubblici v., sempre su questa Rivista: BARTOLOMUCCI S., *Il comparto della sanità: analisi di scenario tra azione penal-preventiva ex d.lgs. 231/2001 e clinical governance*, 3-2009, p. 52.

⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 17.09.2002, n. 4711; 02.03.2001, n. 1206.

⁵ V.: LEVIS M., MANACORDA C., *Le società miste*, Milano, *Il Sole 24 Ore*, 2005, pp. 14-15, 47 ss.

⁶ V. anche: SANTACROCE B., FRUSCIONE L., *La “231” sorveglia le Spa comunali*, in *“Il Sole- 24 Ore”* del 31.01.2011.

1.2. La sentenza n. 234/2011

La Suprema Corte (stessa sezione penale) ritorna sull'argomento con la sentenza n. 234 del 10 gennaio 2011. In questo caso, il giudizio ha riguardato l'applicabilità di sanzioni interdittive nei confronti di una società d'ambito⁷ costituita in forma di S.p.a., impegnata nello svolgimento di servizi pubblici in materia di raccolta rifiuti.

Nel ribadire, sulla base di tutte argomentazioni svolte nella precedente pronuncia, l'applicabilità del decreto 231 anche alle società pubbliche, la Corte sviluppa nella nuova sentenza, per la materia trattata, alcune considerazioni in tema di sanzioni interdittive previste dal detto decreto qualora le responsabilità facciano capo a questi soggetti. Osserva che la non applicazione sia delle norme del decreto 231 sia delle sanzioni da esso previste a Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici ed enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale consegue a *“ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese”*.

Ma *“L'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, quali sono riconosciute agli enti pubblici territoriali, come i comuni, non possono tralaticciamente essere riconosciute a soggetti che hanno la struttura di una società per azioni, in cui la funzione di realizzare un utile economico è comunque un dato caratterizzante della loro costituzione”*. Dovendosi quindi applicare la sanzione interdittiva dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi, si deve ricorrere alle disposizioni previste dagli articoli 15 e 45 del decreto, con la nomina di un commissario giudiziale e fissazione dei suoi compiti e poteri⁸.

Le due sentenze estendono, dunque, la disciplina del decreto 231 all'attività economica pubblica. Ma cos'è l'attività economica e che differenze intercorrono tra quella privata e quella pubblica?

Può essere utile dire qualcosa al proposito.

⁷ Le società d'ambito (ATO - Ambito Territoriale Ottimale) avrebbero dovuto cessare, ai sensi dell'articolo 2, comma 186-bis, della legge n. 191/2009 (legge finanziaria 2010), aggiunto dal decreto-legge n. 2/2010, convertito nella legge n. 42/2010, il 31.12.2010. La scadenza è stata prorogata al 31.03.2011 dal decreto-legge n. 225/2010, convertito nella legge n. 10/2011 (decreto milleproroghe).

⁸ Art. 15. Commissario giudiziale. “1. Se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. 2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giudice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente. 3. Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice. 4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato. 5. La prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva”. Art. 45. Applicazione delle misure cautelari [...] “3. In luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell'articolo 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata”.

2. Attività economica: privata e pubblica

Le norme positive non contengono definizioni dell'attività economica. L'art. 2082 del codice civile, trattando della figura dell'imprenditore, lo identifica in «*chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*». La norma non dice che cos'è l'attività economica ma ne individua le finalità: produzione e scambio di beni e servizi. L'attività economica deve poi avvenire in forma organizzata, e tale organizzazione la si trova nell'esercizio di impresa. Anche l'art. 41 della Costituzione (c. 3) parla di attività economica stabilendo che: «*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*». La norma costituzionale richiama, in maniera esplicita, i due tipi di attività economica: quella pubblica e quella privata, e stabilisce che possono e devono integrarsi per il perseguimento di fini sociali secondo disposizioni dettate dalla legge.

In assenza di principi normativi, sono state dunque, prevalentemente, le scienze economiche e aziendali ad elaborare i criteri in base ai quali un'attività produttiva può ritenersi economica. Nasce il concetto di «economicità della gestione dell'azienda» che, in un'economia di mercato⁹, si realizza allorquando l'azienda produce in condizioni di equilibrio di bilancio¹⁰. Ciò avviene attraverso un processo che vede l'impresa acquisire da un lato i fattori produttivi dei quali abbisogna, sostenendo così dei costi, dall'altro vendere prodotti e, così, conseguire ricavi. Il fluire dei ricavi in maniera sufficiente alla copertura dei costi consente il rinnovo del processo produttivo all'infinito¹¹. Se però i ricavi non coprono i costi, si erode il capitale; viene meno l'economicità della gestione e si arresta il processo produttivo. Va evidenziato che esula da questo concetto di economicità il profitto: non occorre che si realizzi un lucro essendo sufficiente, affinché ci sia economicità dell'attività, che si possa ipotizzare aprioristicamente, seguendo le comuni regole della corretta gestione aziendale, che i ricavi copriranno i costi. Se si rendono necessarie, per la copertura dei costi, erogazioni a fondo perduto, non si è in presenza di un'attività economica¹².

La dottrina aziendale ha, quindi, sostenuto che i suddetti criteri che si applicano all'attività economica privata valgono anche per quella pubblica. Possono essere varie - come diremo appena dopo - le ragioni che suggeriscono l'esercizio di un'attività economica pubblica: sostenere lo sviluppo economico del Paese; aiutare l'attività economica privata; rompere monopoli o impedire la loro formazione attivando la concorrenza, ecc.. Però, finché l'impresa pubblica è tenuta ad agire secondo criteri di economicità, deve tendere a remunerare il capitale proprio¹³.

Con riferimento alle imprese pubbliche, si deve ricordare che ciò che la dottrina aveva affermato in merito all'economicità aziendale, o era stato indicato da vaghi

⁹ L'economia di mercato si contrappone all'economia di tipo collettivistico la quale, accentrando tutta la produzione nello Stato, non si muove secondo le indicazioni del mercato e dei prezzi. In queste condizioni, acquista significato non tanto il bilancio delle singole aziende quanto il bilancio complessivo dello Stato.

¹⁰ Cfr.: ONIDA P., *Economia d'azienda*, Torino, UTET, 1971, pp. 56 ss.

¹¹ Questo processo è definito: «Autosufficienza economica dell'impresa». ONIDA P., *op. cit.*, p. 58.

¹² GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, Cedam, p. 460.

¹³ ONIDA P., *op. cit.*, p. 98.

accenni normativi¹⁴, è diventato obbligo giuridico. La legge 241/1990¹⁵ stabilisce, infatti, che (art. 1, c. 1): *“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza [...]”*: Ne è conseguito che l’equilibrio tra ricavi e costi¹⁶ va perseguito nella gestione di tutti i soggetti pubblici, indipendentemente dalla categoria di appartenenza e dai fini istituzionali.

Sulla base allora di queste conclusioni ultime, e tenendo conto di quanto affermato nelle due sentenze in commento, potrebbe asserirsi che tutti i soggetti (pubblici o privati) che svolgono funzioni pubbliche, dovendo osservare la regola dell’economicità stabilita dalla legge 241/1990, sono sottoposti alla disciplina del decreto 231 eccezion fatta, naturalmente, per quelli espressamente esclusi dal comma 3 dell’art. 1 del decreto.

Una forzatura totalizzante in questo senso non sembra proponibile. Le due sentenze fanno riferimento a società; sottolinea la prima (ma il concetto è presente anche nella seconda) che *“ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l’esercizio di un’attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247 c.c.), a prescindere da quella che sarà - poi - la destinazione degli utili medesimi, se realizzati”*.

Considerando, dunque, che l’attenzione del Giudice è rivolta ad una ben definita tipologia di ente, si tratta di vedere se il modello societario sia il solo attraverso il quale si può svolgere attività economica pubblica oppure l’ordinamento positivo non ne configuri altri.

3. L’esercizio dell’attività economica pubblica: i modelli in uso

In linea di larga massima, come s’è detto anche prima, l’attività economica è pubblica quando si sviluppa utilizzando denaro pubblico. Guardando agli ultimi decenni, è sempre esistita un’attività economica pubblica. Essa si è formata, prevalentemente, col diffondersi della teoria economica keynesiana che ipotizzò, nelle fasi di recessione, l’intervento della finanza pubblica nel mercato, indispensabile per ristabilire l’equilibrio tra domanda e offerta e raggiungere un livello del reddito nazionale corrispondente alla piena occupazione dei fattori produttivi¹⁷.

Ciò premesso, non c’è dubbio che il modello societario, essendo il più idoneo per accertare l’economicità della gestione, sia quello più utilizzato per l’esercizio di attività economica pubblica. Fortemente presente già in anni passati attraverso l’ormai

¹⁴ Ad esempio, la legge 1589/1956, istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali, parlava di applicazione di criteri di economicità riferendosi alla gestione degli enti facenti parte del sistema.

¹⁵ La legge 241/1990 concerne: *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*.

¹⁶ Cfr.: MANACORDA C., *Contabilità pubblica*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 11. Va sottolineato che l’impostazione prevalentemente finanziaria dei bilanci pubblici non consente, a tutt’oggi, un’analisi rigorosa sul perseguimento dell’equilibrio tra ricavi e costi: il bilancio finanziario rileva, infatti, entrate e spese e non ricavi e costi. La questione, tuttavia, non si pone allorché l’attività pubblica si sviluppa utilizzando modelli societari. In questo caso, il bilancio è, necessariamente, di tipo economico, e deve essere impostato secondo le regole del bilancio di esercizio (art. 2423 cod. civ.).

¹⁷ John Mainard Keynes elabora la sua teoria a seguito della grande crisi mondiale del 1929, e la espone nell’opera: *“The general theory of employment, interest and money”* del 1936. L’intervento della finanza pubblica può anche avvenire attraverso l’indebitamento dello Stato (*deficit spending*).

soppresso sistema delle partecipazioni statali¹⁸, si è diffuso in tutti i più rilevanti settori della Pubblica Amministrazione, progressivamente legittimati a dare vita a forme societarie¹⁹. Negli ultimi tempi, la sua manifestazione più significativa è avvenuta presso gli enti territoriali, con l'introduzione della società mista tra le forme utilizzabili per la gestione dei servizi pubblici locali²⁰. Il modello "società mista" si è poi esteso a molti comparti pubblici ed ha avuto i più vari oggetti sociali, restando comunque legato al tratto di fondo della presenza di capitale pubblico accanto a quello privato.

Esigenze di snellimento, accelerazione e modernizzazione dell'attività amministrativa pubblica (dalle quali, peraltro, non sono estranei "rigurgiti" di statalismo monopolistico) hanno indotto ad utilizzare il modello societario in altre versioni: società a totale capitale pubblico, con un solo azionista²¹; società a totale capitale pubblico ma con più azionisti, tutti pubblici²², ecc.

Una forma particolare di società pubblica è quella cd. in *house* che sussiste allorché l'ente o gli enti che hanno conferito il capitale, esercitando su essa un controllo analogo a quello effettuato sulle strutture interne della propria organizzazione, e svolgendo la società attività prevalente per l'ente/gli enti che l'anno costituita, possono affidarle direttamente (in *house providing*) un'attività di loro interesse²³.

Come ben si vede, accanto alla società mista - richiamata nella prima sentenza in commento - esistono altre forme societarie pubbliche. In virtù del modello costitutivo, tutte queste società dovrebbero svolgere la loro attività in termini economici, e cioè nel rispetto del principio di economicità. Ma si può ipotizzare che questo avvenga sempre? Anche quando la società è formata soltanto per rendere più rapida l'azione amministrativa tanto da far ritenere, fin dal sorgere, che potrebbero prodursi squilibri di bilancio? E come si configurerebbe l'applicazione del decreto 231 nel caso della società in *house* stanti i rapporti che intercorrono (controllo analogo) tra società e soggetto/soggetti costituenti? La responsabilità per violazione delle norme del decreto 231 farebbe capo alla società in *house* o agli enti che svolgono il controllo analogo (tuttavia, per lo più, rientranti tra i soggetti esclusi dall'art. 1, comma 3, del decreto)? Si deve aggiungere che il modello societario non è escludibile neppure per l'esercizio di servizi pubblici privi di rilevanza economica, servizi cioè solo di natura sociale,

¹⁸ Il sistema delle partecipazioni statali - con soppressione del relativo Ministero (v. nota 14) - è cessato nel 1993 a seguito di *referendum* popolare. D'altro canto, il libero mercato voluto dai trattati comunitari si tradusse anche nel divieto, per i Paesi appartenenti all'Unione europea, di concedere aiuti di Stato.

¹⁹ Costantemente ammesso presso gli enti locali, è stato previsto anche presso le regioni all'atto della loro costituzione (1970/71). Possono costituire società le camere di commercio, ma tale possibilità, in astratto, può essere esercitata da tutti i soggetti pubblici in virtù della capacità giuridica di diritto privato ormai costantemente ad essi riconosciuta.

²⁰ La materia delle società miste per l'esercizio dei servizi pubblici locali è stata al centro di infinite evoluzioni normative, intervenute anche sotto la spinta del diritto comunitario, e riguardanti le modalità di affidamento dei servizi a questi soggetti. L'attuale quadro normativo al proposito è stato definito dal decreto-legge 112/2008, convertito nella legge 133/2008 (art. 23-bis).

²¹ Tali sono, ad esempio, la Patrimonio dello Stato S.p.A., costituita con il decreto-legge 63/2002, convertito nella legge 112/2002, con il compito di compiere tutti gli atti di gestione che riguardano il patrimonio dello Stato, e con capitale totalmente posseduto dal Ministero dell'economia e delle finanze; la Consip S.p.A. - Concessionaria servizi informatici pubblici, costituita con la legge 488/1999, con il compito di provvedere agli acquisti delle amministrazioni pubbliche, e con capitale totalmente posseduto dal predetto Ministero.

²² Qui gli esempi sono infiniti, e si sono sviluppati particolarmente nell'area dei servizi pubblici locali.

²³ La società in *house* nasce sulla base di alcune sentenze della Corte di Giustizia europea (la prima e più nota del 18.11.1999, C-107/98 Teckal), riprese da una ormai copiosissima giurisprudenza del nostro Paese (tra le più recenti: Cons. St., Sez. V, n. 1447 del 08.03.2011). Con esclusione dei servizi pubblici locali, disciplinati dalle norme citate in nota 19, trova il proprio fondamento normativo nell'art. 13 del decreto-legge 233/2006, convertito nella legge 248/2006 (cd. decreto Bersani).

culturale, ecc., privi in assoluto della possibilità di coprire i costi con i ricavi, e quindi bisognosi di contribuzioni pubbliche per conseguire il pareggio di bilancio²⁴.

Come è dato di vedere, se ci si avventura nell'area pubblica, ogni situazione diventa relativa fino al punto che principi fondamentali - quali quelli richiamati, parlando delle società, anche dalle sentenze in commento - assumono connotazioni a sé stanti²⁵.

Essendo questo il quadro, non potrà che essere la giurisprudenza a stabilire, caso per caso, come si renda applicabile il principio affermato dalle due sentenze in commento.

Un altro soggetto pubblico attraverso il quale si può svolgere attività economica è l'ente pubblico economico. Contemplato dall'articolo 2201 del codice civile, è caratterizzato dall'avere, come oggetto esclusivo o principale, un'attività commerciale. Sussistono, dunque, nell'ente pubblico economico la natura pubblicistica e l'esercizio di attività economica. Le sentenze puntualizzano che sono esonerati dall'applicazione del decreto 231, come già ricordato in precedenza, soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici. Sembrerebbe che il richiamo della tassatività degli enti esonerati e l'assenza dell'ambiguità presente nella dizione del comma 2 dell'art. 1 del decreto che indica, genericamente, le società - donde le puntualizzazioni venute nelle due sentenze in disamina - porti a concludere che gli enti pubblici economici siano tenuti a dare applicazione al decreto 231.

L'articolo 2, comma 186, legge 191/2009 (legge finanziaria 2010) ha disposto la soppressione dei consorzi di funzione e la riassunzione dei loro compiti da parte degli enti locali. A prescindere dall'effettiva cessazione (spesso il legislatore enuncia disposizioni che poi vengono regolarmente disattese), il consorzio, facoltativo o obbligatorio, è stato una forma associativa prevista dall'art. 31 del t.u. enti locali (d. lgs. 267/2000) per l'esercizio di funzioni o servizi degli enti locali. Detti servizi possono essere privi di rilevanza economica (consorzi per i servizi sociali) ma possono anche avere (e spesso la possiedono) questa rilevanza. Il consorzio gode, ai sensi del combinato disposto del detto articolo 31 e dell'art. 114 del t.u., di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di un proprio statuto, e deve informare la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, con obbligo dell'equilibrio tra costi e ricavi. Ecco, dunque, un nuovo modello - ove permanga - sul quale verificare l'applicabilità del decreto 231²⁶.

²⁴ La questione della gestione di servizi pubblici locali di natura sociale, culturale, ecc. si era posta allorché il legislatore, cercando di disciplinare l'esercizio dei servizi pubblici locali, anche in ossequio alla normativa comunitaria li aveva distinti in servizi pubblici di rilevanza industriale e servizi privi di questa rilevanza. In conseguenza di ulteriori cambiamenti normativi, la distinzione fu tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi pubblici privi di questa rilevanza. Per la disciplina di questi ultimi, fu introdotto nel t.u. enti locali (d.lgs. 267/2000) l'articolo 113-bis che, espressamente, prevedeva che questi servizi potessero essere anche svolti da società con capitale interamente pubblico. La norma è stata dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 27.07.2004. Ciò non toglie che, in virtù della loro autonomia e capacità giuridica, gli enti locali non possano ricorrere anche a società di capitali per l'esercizio di servi sociali, culturali, ecc.

²⁵ La quasi totalità del sistema delle partecipazioni pubbliche è contraddistinto dall'incoerenza tra principi costitutivi e risultati di gestione, con perdite talora anche rilevanti e violazione di ogni regola sull'economicità della gestione. Sovente è bene guardare soltanto al fine sociale dell'intervento pubblico.

²⁶ Le Sezioni regionali della Corte dei conti di Campania, Lazio e Piemonte, con deliberazioni rispettivamente nn. 118/2010, 15/2011 e 28/2011 hanno dato interpretazioni della norma distinguendo tra «consorzi di funzioni» e «consorzi di servizi». I primi vanno soppressi; i secondi trasformati in aziende speciali.

C'è, dunque, una molteplicità di forme organizzative attraverso le quali può svilupparsi attività economica nei termini anche indicati dalle due sentenze in esame, donde - ripetiamo - le nuove frontiere enunciate nel titolo dello scritto. La loro definizione non potrà che avvenire in forza di ulteriori pronunce, che dovranno forse prendere in considerazione altri modelli creati dalla inesauribile fantasia del legislatore²⁷.

4. L'apparato sanzionatorio

Tenendo conto della materia giudicata²⁸, la sentenza 234/2011 - oltre che a sostenere anch'essa, come detto, la tesi dell'applicabilità del decreto 231 alle società pubbliche - affronta la questione delle conseguenti sanzioni irrogabili. Ne abbiamo ricordato prima (1.2.) impostazione e soluzioni indicate, tuttavia limitate alla sanzione interdittiva dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi e la revoca di quelli già concessi.

L'apparato sanzionatorio tratteggiato dal decreto 231 è, peraltro, assai più articolato. Scorrendolo, sorgono perplessità sulla possibilità di applicarlo integralmente a soggetti pubblici. Se ci si riferisce a questi, occorre distinguere, in via preliminare, se la società o l'ente siano stati costituiti per operare sul mercato secondo le regole proprie di questo, oppure per perseguire finalità pubbliche estranee a regimi di scambio. Nel primo caso, e rinviando al punto successivo alcune considerazioni sulle conseguenze che potrebbero derivare per gli amministratori della società o dell'ente in caso di accertamento di responsabilità ai sensi del decreto 231, non sembrano esserci difficoltà nell'applicazione di tutte le sanzioni previste dall'art. 9.

Diversa la situazione per il secondo caso prefigurato. Per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie non sembrano esserci problemi. Qualche difficoltà è ravvisabile, per contro, per l'irrogazione di quelle interdittive. Per la sanzione interdittiva considerata nella sentenza - e prima menzionata -, si indica il ricorso al commissariamento previsto dall'art. 15. Ma cosa avviene per altre sanzioni appartenenti a questa categoria? Trattandosi di servizi pubblici sembra, ad esempio, doversi escludere, per palese incongruenza, l'applicabilità del divieto di pubblicizzarli. Anche la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni non sembrano applicabili a servizi pubblici, atteso che se ne determinerebbe l'interruzione; analogamente dicasi per l'interdizione all'esercizio dell'attività. Il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione va visto alla luce delle capacità o esigenze del soggetto di agire in questa direzione. D'altro canto, la possibilità di deroghe riguardanti alcune sanzioni interdittive è già stata disciplinata nei confronti di banche e

²⁷ Basti pensare alla cd. Banca del sud, alle modificazioni statutarie che s'intendono apportare alla Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. per farne uno strumento non solo per l'erogazione di mutui e prestiti ma anche di intervento industriale, ecc.

²⁸ Il giudizio ha riguardato il ricorso per cassazione del Pubblico Ministero avverso l'ordinanza del Tribunale con la quale è stata rigettata la richiesta dello stesso PM diretta all'applicazione, nei confronti della Società pubblica sottoposta a processo per fatti di responsabilità amministrativa, della sanzione interdittiva dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi e la revoca di quelli già concessi, ed in via subordinata della nomina di un commissario giudiziale.

intermediati finanziari dal d.lgs. 197/2004 (attuazione della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e di liquidazione degli enti creditizi)²⁹.

Tra le sanzioni, è prevista anche la confisca. Il comma 4 dell'art. 15 dispone che il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività - in questo caso per effetto della gestione commissariale - viene confiscato. Come noto, la confisca è un istituto conosciuto tanto dal diritto amministrativo quanto dal diritto e dalla procedura penale. Per il diritto amministrativo, la confisca è un provvedimento ablatorio a carattere non espropriativo ma sanzionatorio, ed è la misura conseguente alla commissione di un illecito amministrativo (immobile costruito abusivamente)³⁰. Per il diritto penale, l'art. 240, comma 1, del codice penale dispone che: *"Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o delle cose che ne sono il prodotto o il profitto"*. Con la confisca, si opera un immediato trasferimento in favore dello Stato o di un ente pubblico del bene, del credito o della somma di denaro che ne costituisce l'oggetto³¹. Per il diritto penale, la confisca è dunque una misura che non incide sulla persona ma sul patrimonio. Ma se la confisca è applicata nei confronti di una società pubblica, su che cosa cade la perdita patrimoniale e a chi va il trasferimento del bene? La perdita patrimoniale sarebbe a carico di un patrimonio già pubblico, benché appartenente ad un soggetto definito; quindi, sostanzialmente, non ci sarebbe alcun vantaggio per il patrimonio pubblico inteso nel suo complesso. E il trasferimento del bene avverrebbe nei confronti dello Stato? Queste perplessità dovrebbero trovare considerazione anche alla luce dei principi generali riguardanti il coordinamento della finanza pubblica (art. 1 legge 196/2009).

Sono questi alcuni dei dubbi che sorgono, in materia di sanzioni previste dal decreto 231, muovendo dalle due sentenze in commento. C'è però ancora un punto che riteniamo vada esaminato ed è quello che si riflette sugli amministratori in quanto gestori di un ente pubblico. In altre parole, nel caso di condanna di una società pubblica per i reati previsti dal decreto 231, la responsabilità può duplicarsi assumendo anche connotazioni pubblicistiche?

5. Responsabilità amministrativa degli Enti e responsabilità degli Amministratori della Società pubblica

S'è detto prima (1.1.) che, nei primi mesi di vita del decreto 231, una copiosa giurisprudenza amministrativa riconosceva alle società pubbliche la natura di soggetti pubblici. Escludendo la responsabilità degli enti prevista dal decreto 231, restavano le responsabilità pubblicistiche degli amministratori: amministrativa e contabile per danno erariale, il cui giudizio era demandato, dalla stessa giurisprudenza, alla Corte dei conti³².

²⁹ L'art. 8 del decreto recita: *"Disposizioni in tema di illeciti amministrativi dipendenti da reato. "1. Al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, dopo l'articolo 97, è inserita la seguente sezione: [...] Art. 97-bis Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato [...] 4. Le sanzioni interdittive indicate nell'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, non possono essere applicate in via cautelare alle banche. Alle medesime non si applica, altresì, l'articolo 15 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231"*.

³⁰ CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 315.

³¹ Cass. pen. n. 7211/1998.

³² Ampiamente sul punto, con riferimento a numerose pronunce dei giudici amministrativi e contabili, v.: LEVIS M., MANACORDA C., *op.cit.*, pp. 62-71.

Le due sentenze in esame cambiano, indiscutibilmente, il quadro preesistente. Resta, però, da chiedersi in quale posizione vengano ora a trovarsi gli amministratori di una società pubblica condannata ai sensi del decreto 231 rispetto alle responsabilità pubblicistiche appena menzionate. In altre parole, esse sussistono ancora ovvero ci si limita alla responsabilità dell'ente? Con immediatezza, è facile rispondere che queste responsabilità non possono essere cancellate poiché la società pubblica, benché connotata nei termini indicati dalle sentenze della Suprema corte civile, è pur sempre un soggetto che gestisce, in tutto o in parte, denaro pubblico e persegue interessi pubblici. Occorre, però, vedere come si configurino le responsabilità pubblicistiche. Indicazioni al riguardo vengono dalla sentenza della Corte di Cassazione civile, SS.UU., n. 26806 del 19 dicembre 2009. La pronuncia sottolinea, preliminarmente, che: *“L'affidamento da parte di un Ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'Ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto [...] ed anche se difetti una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico. [...] Si è sottolineato che si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata, in tutto o in parte, dal diritto privato; con la conseguenza - si è precisato - che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte contabile è rappresentata dall'evento dannoso verificatosi a carico di una Pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno”*³³. Con ampie e articolate argomentazioni perviene alla conclusione che: *“In difetto di norme esplicite [...], è ai principi generali ed alle linee portanti del sistema che occorre avere riguardo. Ed è proprio in quest'ottica che assume rilievo decisivo la già accennata distinzione tra responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dagli artt. 2393 e segg. e per le società a responsabilità limitata, dall'art. 2476 cod. civ., commi 1, 3, 4 e 5) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti dei singoli soci o terzi [...] In tale ultimo caso la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'Ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, non incontra particolari ostacoli [...]”*. Tra i danni che la sentenza configura, c'è anche quello dell'immagine dell'ente pubblico: *“che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata: danno che può prodursi immediatamente in capo a detto Ente pubblico per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati”*³⁴. Il giudice contabile agisce, dunque, anche per la ristorazione di questo tipo di danno.

³³ Negli stessi termini: Cass. civ., SS.UU., ordinanza n. 25504 del 04.12.2009.

³⁴ Per il danno all'immagine, tra le ultime, v.: Corte conti - Sez. giur. Regione Lombardia - n. 813 del 09.12.2009; Corte conti - Sez. giur. Appello Regione siciliana - n. 10 del 21.01.2010.

Superfluo osservare che la complessità della materia richiederà ulteriori approfondimenti, quantunque alcuni tratti già emergano dalla sentenza civile richiamata.

6. Conclusioni

Con le sentenze penali commentate, si aprono nuove frontiere per il decreto 231. Sorgono anche nuovi adempimenti per i soggetti pubblici impegnati in attività economiche. Tra i loro atti regolamentari, devono comparire i “Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo” e tra gli uffici della *governance*, gli “Organismi di Vigilanza”. E’ auspicabile che tutto ciò abbia riflessi positivi sulla qualità delle gestioni pubbliche, con vantaggi diretti per la finanza pubblica, e indiretti per tutti i cittadini, magari anche in termini di riduzione degli oneri per il mantenimento degli apparati pubblici.

IL RICICLAGGIO E I SUOI INDICI SINTOMATICI: RICADUTE SUI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE DEGLI ENTI

Avv. Prof. Stefano M. Bortone, Professore Aggregato di Diritto Penale dell'Economia e
Avvocato in Roma

1. Premessa

Da molti anni, e a vari livelli - politico, economico, giudiziario e giornalistico - si parla sempre più spesso di riciclaggio, di reimpiego di denaro sporco e delle ricadute disastrose che tali condotte delittuose hanno sull'organizzazione del mercato e sul libero sviluppo dell'economia. L'esigenza di fronteggiare efficacemente tale fenomeno è diventata una delle priorità assolute degli ordinamenti statuali, soprattutto a seguito della definitiva presa di coscienza delle sue strettissime connessioni con la criminalità organizzata¹. Purtroppo, però, dopo più di trent'anni dall'introduzione del reato di riciclaggio nel nostro codice penale, molti operatori - anche impegnati nella lotta al crimine economico e alla criminalità organizzata - non sempre sono in grado di applicare tale norma in modo corretto ed efficace: ad esempio, uno degli errori più ricorrenti nella prassi è quello di identificare quali autori del delitto di riciclaggio anche coloro che abbiano partecipato, in qualità di concorrenti, alla commissione del cd. "reato presupposto"; ciò, in palese violazione della norma penale che, appunto, punisce solo chi, "fuori dai casi del concorso nel reato", sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Ai fini dell'integrazione della condotta criminosa è, infatti, essenziale che il riciclatore sia estraneo al fatto illecito - il cui frutto è rappresentato dal denaro o dal bene riciclato - e conosca la provenienza delittuosa di ciò che sostituisce o trasferisce².

Pertanto, com'è ormai noto, con l'attuazione da parte del Governo della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo,

¹ In questo senso è diretto il recente provvedimento, contenuto nel cd. "pacchetto sicurezza" 2009 (d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e l. 15 luglio 2009, n. 94), che disciplina il trasferimento dei fondi mediante il cd. *money transfer*, applicando una serie di obblighi a carico dei soggetti gestori di agenzie che prestano servizi di pagamento nella forma dell'incasso e di trasferimento di fondi. In argomento, v. A. CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in O. MAZZA - F. VIGANO' (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza"* 2009, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 358 ss.

² Per una disamina sui presupposti di applicabilità del reato, nella v. per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna 2008, V Edizione, p. 248.

nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione, è stato introdotto nella disciplina del d.lgs. 231/2001, l'art. 25-*octies*, che prevede la responsabilità degli enti per i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita di cui agli artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.³: ciò significa, in primo luogo, che i sopramenzionati reati implementano la categoria dei reati-presupposto per l'eventuale responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato; in secondo luogo, che gli enti destinatari delle previsioni del d.lgs. 231/2001 devono organizzarsi anche al fine di prevenire la commissione dei reati previsti dagli artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.⁴

Orbene, sotto il profilo della prevenzione, e prima di valutare le ricadute che l'inserimento dei predetti reati può avere nella redazione e nell'aggiornamento dei modelli di organizzazione e gestione aziendale di cui all'art. 6, comma 2, lett. a), d.lgs. 231/2001, è in questa sede opportuno sviluppare un'ulteriore premessa. I dati provenienti dell'esperienza giudiziaria dimostrano che il riciclaggio è un fenomeno di difficile individuazione - e quindi di difficile repressione - proprio perché essi sono relativi ad un ciclo già concluso di movimenti e di passaggi: il denaro è già stato "pulito" ed è quasi impossibile risalire alla sua originaria provenienza illecita⁵. Questi dati, in altre parole, fotografano una situazione di "patologia conclamata" nel percorso illecito di tale denaro. Ecco perché, ancor più dell'intervento *ex post*, è di fondamentale importanza individuare *ex ante* - cioè fin dall'origine - un nucleo di operazioni sospette che possano fungere da "spie" di un eventuale fenomeno di provenienza illecita del denaro.

2. Il Provvedimento della Banca d'Italia recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari finanziari

Proprio a tal fine le istituzioni italiane e, da ultimo, la Banca d'Italia con il "*Provvedimento recante gli indicatori di anomalia*" del 24 agosto 2010⁶ - anche in ragione dell'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - hanno stilato più volte, nell'arco dell'ultimo decennio, elenchi di operazioni ritenute sospette attraverso le quali risulti evidente come passaggi di denaro o comportamenti anomali degli operatori finanziari possano rivelarsi indici

³ Art. 25-*octies*. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.

"1. In relazione ai reati di cui agli artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote.

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni.

3. In relazione agli illeciti di cui ai commi 1 e 2, il Ministero della giustizia, sentito il parere dell'UIF, formula le osservazioni di cui all'art. 6 del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231".

⁴ In argomento, v. R. RAZZANTE, *La responsabilità degli organi aziendali in tema di riciclaggio. Le nuove istruzioni della Banca d'Italia*, in questa Rivista, 3-2010, pp. 113 ss.; G. TARTAGLIA POLCINI, *Le interazioni della normativa sulla responsabilità da reato delle società con le discipline di contrasto al riciclaggio dei capitali illeciti*, in questa Rivista, 1-2010, pp. 15 ss. Più in generale, circa la responsabilità degli enti per i delitti connessi al crimine organizzato, cfr. A. M. MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in "Il pacchetto sicurezza" 2009, cit., p. 423, spec. pp. 487 ss.

⁵ Per una disamina delle possibili configurazioni del reato di riciclaggio, si rinvia, ancora una volta a R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Torino, 2006, *passim*.

⁶ Il testo del provvedimento è disponibile sul sito www.bancaditalia.it ed è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 230 del 1 ottobre 2010.

sintomatici di un fenomeno di riciclaggio. Tali “indicatori di anomalia” - pur se concepiti nell’ottica preventiva della tutela degli operatori e degli intermediari nel settore del credito - sono il più delle volte “estendibili” anche alla logica di tutela preventiva degli enti di qualsiasi altro settore economico proprio perché, come si vedrà, poggiano su “schemi comportamentali” di un generico interlocutore commerciale (ad es., un fornitore di beni e servizi).

Sostanzialmente, gli “indicatori di anomalia”⁷ a nostro avviso possono essere suddivisi in quattro macro-categorie:

- 1) indicatori di anomalia relativi a comportamenti del “cliente” o, più in generale, dell’interlocutore commerciale;
- 2) indicatori di anomalia relativi al tipo di operazione effettuata;
- 3) indicatori di anomalia connessi ai mezzi e alle modalità di pagamento;
- 4) indicatori di anomalia relativi al finanziamento del terrorismo⁸.

Le “anomalie” che riguardano il “cliente” si manifestano in modi assai eterogenei all’inizio di un qualsiasi rapporto contrattuale, ad esempio, tutte le volte in cui egli si mostra in vari modi riluttante a fornire informazioni circa la propria identità, lo scopo e la natura del rapporto, l’attività esercitata o la sua situazione economica e finanziaria; oppure, tutte le volte in cui emerge che il cliente ha fornito informazioni significativamente difforni da quelle tratte da fonti affidabili e indipendenti (archivi camerali, albi, elenchi di soggetti autorizzati, dati pubblicati su internet ecc.); oppure, ancora, quando il cliente, a seguito della richiesta di informazioni, rinuncia ad avviare il rapporto commerciale, ad eseguire la sua prestazione, o chiede bruscamente di interrompere quella in essere.

Sempre relativamente al cliente, un’altra classe di anomalie è rappresentata dai suoi comportamenti *lato sensu* “stravaganti” rispetto all’ordinario, tutte le volte in cui egli, al fine di evitare qualsiasi contatto diretto con l’intermediario bancario, finanziario o commerciale, rilascia deleghe e procure a terzi in modo frequente e del tutto incoerente con l’attività svolta o - anche se può apparire banale - egli pone ripetuti quesiti in ordine alle modalità di applicazione della normativa antiriciclaggio o, ancora cerca di stabilire relazioni eccessivamente o prematuramente confidenziali con l’operatore commerciale. Va da sé che l’anomalia per eccellenza in relazione ai comportamenti del cliente si riscontra tutte le volte in cui egli si ostina in qualsiasi modo a voler effettuare in contanti operazioni di significativo ammontare o con modalità del tutto inusuali (soprattutto quando egli è noto per essere stato sottoposto a procedimento penale o a misure di prevenzione).

Relativamente agli indicatori di anomalia connessi al rapporto commerciale o alle operazioni finanziarie, essi si possono identificare in tutti i casi in cui il rapporto o si configura in modo “illogico” (soprattutto perché è economicamente svantaggioso per il cliente) o non risulta in alcun modo giustificato o, ancora, quando risulta inusuale rispetto alla prassi corrente di mercato: ciò succede, tipicamente, quando vengono effettuate operazioni di acquisto o di vendita d’importo significativo, ma a prezzi

⁷ Sembra doveroso precisare che l’art. 3, comma 3 del provvedimento della Banca d’Italia è specificato che “l’elencazione degli indicatori di anomalia non è esaustiva, anche in considerazione della continua evoluzione delle modalità di svolgimento delle operazioni”.

⁸ Prendere in considerazione - nell’ambito dei Modelli di Organizzazione e Gestione aziendale - la categoria delle “operazioni anomale” legate in qualche modo al fenomeno del finanziamento delle organizzazioni terroristiche è, peraltro, assai opportuno dopo l’introduzione, nel d.lgs. 231/2001, dell’art. 25-*quater*, nell’ambito del quale sono annoverati i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico.

palesamente sproporzionati rispetto ai correnti valori di mercato o al loro prevedibile valore di stima. Ulteriori indici sintomatici del movimento illecito di capitali possono essere rappresentati dalle seguenti ipotesi esemplificative formulate dalla Banca d'Italia: in primo luogo, dalle frequenti richieste di operazioni di qualsiasi genere da parte di aziende notoriamente e sistematicamente in perdita o comunque in difficoltà finanziaria e che continuano a mantenere la medesima gestione aziendale nonostante i numerosi cambiamenti negli assetti societari; in secondo luogo, dall'apertura di conti correnti utilizzati unicamente per realizzare operazioni in un breve lasso temporale e dalla loro successiva chiusura al termine di quella specifica operazione.

Per ciò che concerne gli indici sintomatici di un fenomeno di riciclaggio *in action*, si possono riscontrare anomalie nei mezzi o nelle modalità di pagamento, tutte le volte in cui venga ripetutamente e ingiustificatamente utilizzato denaro contante, soprattutto di elevato taglio, e specialmente per importi rilevanti. Sempre con riferimento a questa classe di "indicatori di anomalia", si può annoverare anche l'utilizzo di strumenti di pagamento (come carte di credito o di debito, carte prepagate e, più in generale, moneta elettronica) che, per modalità, ricorrenza o rilevanza economica non è affatto coerente con la normale operatività del cliente o dell'esercente: in particolare, è sospetto il frequente utilizzo di tali strumenti di pagamento connesso a volumi di vendita anomali da parte di un singolo esercente o operatore commerciale, soprattutto quando gli importi possano far supporre un anticipo di contanti sproporzionato da parte di un istituto di credito in relazione al volume d'affari dello stesso esercente.

Infine, per ciò che concerne gli indicatori di anomalia relativi al finanziamento del terrorismo, si possono annoverare tutte quelle operazioni commerciali che, per le qualità storiche e professionali del proprio interlocutore commerciale ovvero per le modalità inusuali della richiesta o nell'esecuzione della prestazione, appaiono riconducibili a fenomeni di finanziamento del terrorismo: partendo dal caso banale dei rapporti avviati con un soggetto contiguo - perché familiare o convivente - a soggetti censiti nelle liste delle persone o degli enti associati ad attività di finanziamento del terrorismo - si passa a quella classe di rapporti anomali caratterizzati da flussi di denaro di importo significativo in un ristretto periodo di tempo, e del tutto incoerenti con il profilo economico o con l'attività svolta dall'interlocutore o, ancora, ai rapporti commerciali avviati con enti che hanno sede in Paesi o aree geografiche in cui vengono abitualmente svolte attività di finanziamento del terrorismo.

Sia chiaro: il semplice ricorrere di uno dei comportamenti anomali sopra descritti non è motivo di per sé sufficiente per la segnalazione di operazioni sospette. Una sola di tale anomalie, singolarmente considerata, può essere assolutamente neutra da un punto di vista penalistico⁹; tuttavia la stessa anomalia, considerata nel complessivo atteggiamento del "sospettato" e contestualizzata al tipo di rapporto in essere, può rivelarsi un indicatore efficace nella prevenzione dell'uso del sistema finanziario - e, più in generale, economico - a scopo di riciclaggio.

⁹ Così, peraltro, dispone l'art. 3, comma 4, del provvedimento della Banca d'Italia.

3. L'incidenza del provvedimento della Banca d'Italia per la prevenzione dei reati di cui all'art. 25-octies, d.lgs. 231/2001

Ciò premesso, a nostro avviso sembra assolutamente evidente come nella costruzione di qualunque modello di prevenzione del rischio non si possa prescindere dal considerare attentamente gli indicatori di anomalia segnalati dalla Banca d'Italia.

Naturalmente, nell'indicare i passaggi essenziali per la costruzione del modello, dovrà essere effettuata una corretta individuazione delle "attività nel cui ambito possono essere commessi i reati" anche in ossequio all'art. 6, comma 2, lett. a), d.lgs. 231/2001.

Tenendo conto della specifica attività svolta - e dunque, tenendo conto del fatto che "il rischio-reato" è diverso in relazione agli ambienti aziendali ed alle diverse attività realizzabili dall'ente stesso, ciascun ente *"...dovrà disporre una analisi del contesto aziendale completa ed aggiornata dalla quale desumere il grado di rischio connesso ai reati di cui all'art. 25-octies"*¹⁰.

Al di là delle specifiche caratteristiche organizzative dell'ente di riferimento, sembra che i processi sensibili comuni ad ogni struttura aziendale delineati nei Modelli di Organizzazione e Gestione maggiormente diffusi nelle diverse realtà societarie (in relazione, ovviamente, alle sezioni dedicate ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita), si possano raggruppare nelle seguenti classi di operazioni:

- la gestione delle entrate o degli acquisti di beni aziendali o comunque ogni operazione di mercato che comporti un successivo riutilizzo del denaro (di provenienza illecita) da parte dell'ente;
- le operazioni mobiliari, immobiliari e di altro genere che abbiano ad oggetto beni o danaro.

Sulla base di tali processi sensibili è conseguenziale che tutti i sopramenzionati modelli di organizzazione e gestione aziendale contengano al loro interno alcuni principi precauzionali che, attualmente¹¹, si identificano nel richiamo ai criteri di trasparenza nell'esercizio dell'attività aziendale; nella massima attenzione alla scelta dei *partner* finanziari; nel rispetto delle previsioni di legge e dei singoli Statuti societari relativamente alla genesi e all'esecuzione delle operazioni economiche e finanziarie; nell'assicurare la tracciabilità delle fasi del processo decisionale relativo ai rapporti finanziari e societari con soggetti terzi; nella conservazione della documentazione a supporto delle operazioni finanziarie e societarie; nel prevedere una procedura che limiti il numero dei soggetti dotati di potere di firma a compiere operazioni finanziarie a medio-lungo termine.

Orbene, se è vero che, in relazione ai predetti processi sensibili, i principi di comportamento appena richiamati rappresentano "le misure precauzionali minime", parrebbe opportuno prevedere nei modelli stessi - soprattutto nella prospettiva di un pronto adeguamento dei modelli sulla base delle indicazioni fornite dalla Banca d'Italia - ulteriori principi comportamentali.

¹⁰ Così, M. ARENA - R. RAZZANTE, *Normativa antiriciclaggio e Responsabilità da reato delle Società*, ed. Simone, 2009, p. 152; sul punto, v., ancora, R. RAZZANTE, *La responsabilità degli organi aziendali in tema di riciclaggio*, cit., p. 114, secondo cui *"l'ambito commerciale, i rapporti con la clientela e l'organizzazione interna dell'ente impongono una accurata analisi "caso per caso" dei rischi aziendali in cui si può incorrere"*.

¹¹ Cioè, prima della pubblicazione del Provvedimento della Banca d'Italia.

Innanzitutto, sembra che gli indicatori di anomalia forniti dalla Banca d'Italia suggeriscano la previsione di obblighi di carattere informativo, che abbiano il carattere della tempestività e della precisione, in capo ai responsabili delle singole strutture organizzative coinvolte in tali attività: un modello davvero efficace dovrebbe contenere l'obbligo di immediata informazione agli organi sociali di vertice di eventuali comportamenti sospetti a carico di terzi con cui la società ha rapporti, sulla base degli indicatori di anomalia sopra evidenziati.

Sotto questo profilo, tutte le operazioni di natura commerciale e finanziaria derivanti da rapporti continuativi o occasionali con soggetti terzi devono essere precedute da un'adeguata attività di verifica volta ad accertare l'assenza del rischio di coinvolgimento nella commissione dei reati di riciclaggio, attraverso una chiara identificazione dell'interlocutore commerciale¹²; in secondo luogo, attraverso un completo accertamento della provenienza dei beni ricevuti; infine, attraverso un accertamento dello scopo, della natura e del valore dell'operazione. Ovviamente, fra gli obblighi di natura informativa deve essere annoverato l'avviso immediato dei componenti del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale nei casi in cui un dipendente o collaboratore della Società ravvisi che la controparte con la quale è in corso la trattativa commerciale possieda caratteristiche che possano indurre a sospettare una provenienza illecita del denaro con cui l'attività è svolta.

In secondo luogo, con riferimento alla categoria di indicatori di anomalia connessi al rapporto commerciale, è opportuno che gli organi di vertice adottino ulteriori strategie sul contenimento del rischio di riciclaggio attraverso procedure che, fra le altre precauzioni, contengano al loro interno il divieto di accettare mezzi di pagamento diversi da quelli che transitano sui normali canali bancari, provenienti da soggetti diversi dal cliente con il quale si intreccia il rapporto commerciale; ovvero, il divieto di effettuare operazioni di acquisto o di vendita d'importo significativo a prezzi palesemente sproporzionati rispetto ai correnti valori di mercato o al loro prevedibile valore di stima; infine, il divieto di acquisire partecipazioni di maggioranza o rami d'azienda non rispondenti agli interessi aziendali (sia perché l'attività risulta manifestamente estranea all'oggetto sociale, sia perché i costi dell'operazione risultano sproporzionati rispetto al valore reale dell'acquisizione).

In relazione agli indicatori di anomalia connessi agli strumenti di pagamento sarebbe opportuno prevedere il divieto di eseguire pagamenti o incassi in contanti per ammontare superiore a quelli consentiti dalle normative di settore o, comunque, l'obbligo di effettuare per mezzo di bonifico bancario o postale tutti i flussi degli incassi e dei pagamenti.

Da non sottovalutare, poi, nell'ottica del contenimento del rischio-reato di riciclaggio, è anche la programmazione di piani specifici di formazione del personale, soprattutto in considerazione del fatto che le molteplici modalità di realizzazione del reato in parola presuppongono una elevata professionalità dei soggetti coinvolti nelle operazioni concernenti flussi di denaro: è di grande importanza, dunque, che tali soggetti siano in grado di riconoscere gli indicatori di anomalia e che, più in generale, sappiano comprendere l'importanza del rispetto delle regole¹³.

¹² Sotto questo profilo possono essere annoverati, ad esempio, i cambiamenti anomali della compagine societaria o un vertiginoso aumento del capitale sociale.

¹³ Peraltro, la formazione del personale in tale ambito è espressamente prevista dall'art. 54 del d.lgs. 231/2007 (cd. Legge Antiriciclaggio) e per la sua omissione lo stesso provvedimento legislativo prevede una sanzione amministrativa (art.

Naturalmente, i responsabili dei settori aziendali coinvolti nei processi sensibili dovranno svolgere una funzione di controllo e supervisione nell'espletamento delle suddette attività e riferire immediatamente all'Organismo di Vigilanza eventuali situazioni di irregolarità. E' infatti evidente come l'Organismo di Vigilanza possa giocare un ruolo fondamentale nella logica della prevenzione del rischio-reato di riciclaggio: è proprio di tale Organismo, infatti, il compito di effettuare periodicamente controlli a campione sulle attività connesse ai «processi sensibili» volti a verificare la corretta esplicazione delle stesse in relazione alle regole cristallizzate di volta in volta nei modelli. In particolare, l'Organismo di Vigilanza può indicare al Consiglio di Amministrazione le opportune integrazioni alle procedure di gestione dei flussi finanziari - eventualmente già esistenti - con l'introduzione di ulteriori parametri o indici sintomatici capaci di rilevare l'esistenza di eventuali flussi finanziari atipici¹⁴.

56 d.lgs. cit.). Sull'importanza della formazione del personale, sembra opportuno segnalare le linee guida dell'A.B.I. per la prevenzione dei reati di cui all'art. 25-octies d.lgs. 231/2001, in M. ARENA - R. RAZZANTE, *Normativa antiriciclaggio*, cit., pp. 154 ss.; in generale, sull'attività di formazione nel "sistema 231", cfr. P. GHINI - F. LEDDA, *L'importanza delle attività di comunicazione, formazione e informazione per l'efficacia del sistema 231*, in questa *Rivista*, 4-2009, pp. 149 ss.

¹⁴ Sotto questo profilo, cfr. RAZZANTE, op. ult. cit., p. 118, che distingue gli obblighi di competenza del Consiglio di Amministrazione (organo con funzione di supervisione strategica), dagli obblighi del Collegio sindacale (organo con funzione di controllo). Mentre al primo sarebbe richiesto di adottare le strategie sul contenimento del rischio di riciclaggio, al secondo sarebbe riservata la funzione di valutare "...l'idoneità delle procedure poste in essere per l'adeguata verifica, la registrazione, la conservazione delle informazioni e per le segnalazioni nonché stimolare la ricerca e la correzione delle carenze, anomalie o irregolarità riscontrate". Sui compiti del Collegio sindacale, v. inoltre G. CATALANO - V. BOSCIA, *Il ruolo del Collegio sindacale alla luce della sentenza 3251/2009 della Corte di Cassazione*, in questa *Rivista*, 3-2009, pp. 123 ss.

LA FUNZIONE ANTIRICICLAGGIO NEL SISTEMA DEI CONTROLLI DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI

Prof. Ranieri Razzante, Docente di Economia degli Intermediari Finanziari nell'Università di Firenze

Come ormai noto, con la delibera del 10 marzo 2011, la Banca d'Italia ha emanato la versione definitiva¹ del *“Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231”*.

Le nuove Istruzioni della Banca d'Italia sugli assetti organizzativi a salvaguardia dai rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, propongono le linee guida per meglio definire i compiti dei vari organi aziendali coinvolti².

Come la stessa Autorità di vigilanza ribadisce, efficaci assetti organizzativi e di governo costituiscono condizione essenziale per prevenire e mitigare i fattori di rischio aziendale³.

Il provvedimento mira ad introdurre presidi specifici, richiedendo agli intermediari risorse, procedure, funzioni chiaramente individuate e specializzate. Uno sforzo organizzativo ed economico non di poco conto.

Il Provvedimento sui “controlli antiriciclaggio” s’inserisce in un quadro normativo che, nel corso degli anni, sta divenendo sempre più complesso, soprattutto in materia di controlli interni.

Prima degli anni novanta non esistevano norme italiane che disciplinassero in modo chiaro l'attività di controllo interno⁴. Il dibattito sui modelli di vigilanza bancaria,

¹ La Banca d'Italia aveva aperto, nel mese di gennaio 2010, una pubblica consultazione sulla bozza del Provvedimento che si commenta. Tale consultazione si era chiusa in data 30 marzo 2010. A distanza di circa un anno, sulla base delle osservazioni pervenute, l'Autorità ha emanato il Provvedimento definitivo. Per un primo commento alla bozza del 2010 si rinvia a R. RAZZANTE, *La responsabilità degli organi aziendali in tema di riciclaggio. Le nuove istruzioni della Banca d'Italia*, in *Rivista* 231, 3-2010, pp. 113 ss. Il Provvedimento entrerà in vigore dal 1 settembre 2011.

² Per un ulteriore commento alla bozza (in consultazione sino al marzo 2010) del provvedimento in esame si veda R. RAZZANTE – D. DE PALMA, *Antiriciclaggio: analisi delle nuove Istruzioni per la tenuta dell'Archivio Unico Informatico in tema di antiriciclaggio, nonché del provvedimento in materia di organizzazione, procedure e controlli interni*, in *Guida ai Controlli Fiscali – Il Sole 24 Ore*, n. 4, aprile 2010, pp. 29 ss.

³ Sul punto T. ATRIGNA, *L'approccio basato sul rischio nella valutazione della clientela ai fini della normativa antiriciclaggio: impatti nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio*, in *Rivista* 231, 2-2008, pp. 149 ss., nonché HE PING, *A typological study on money laundering*, in *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 13 No 1, 2010, pp. 15 ss.

⁴ L'unica attività di controllo, prevista dal diritto societario, era quella affidata al Collegio sindacale quale organo deputato alla sorveglianza sulla regolarità della gestione.

l'evoluzione del *business* e la proliferazione dei rischi, hanno incoraggiato la ricerca di buone pratiche di governo dell'impresa. Oggi, nel sistema dei controlli interni si riconosce un elemento cardine del buon governo aziendale.

Una delle più accreditate definizioni del sistema dei controlli interni è quella promossa dal “*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*”, cd. CoSo, contenuta nel documento che ha conosciuto diffusione internazionale sotto il nome di CoSo Report⁵. Il CoSo Report è un autorevole esempio di *best practice* sviluppate nel settore privato che, mediante *soft law*, hanno avuto ingresso nella legislazione di settore. Esso viene espressamente richiamato dal *Sarbanes Oxley Act*⁶ e dai documenti di studio della Commissione Europea, ha ispirato i documenti del comitato di Basilea e la normativa di vigilanza emanata da Banca d'Italia.

Secondo la definizione fornita dal CoSo Report: “*Il controllo interno è un processo, svolto dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri operatori della struttura aziendale, che si prefigge di fornire una ragionevole sicurezza sulla realizzazione degli obiettivi rientranti nelle seguenti categorie: efficacia ed efficienza delle attività operative; attendibilità delle informazioni di bilancio; conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore*”.

Il Comitato di Basilea riprende nella sua definizione i caratteri fondamentali indicati nel CoSo Report: “*Il controllo interno è un processo posto in essere dal consiglio di amministrazione, dall'alta direzione e da tutti i livelli del personale. Esso non consiste unicamente in una procedura o in una politica applicata in un dato momento, bensì opera costantemente a tutti i livelli all'interno della banca. Al consiglio di amministrazione e all'alta direzione compete la responsabilità di instaurare una cultura che favorisca un efficace processo di controllo interno e di sorvegliarne l'efficacia in modo continuativo; tuttavia, a questo processo deve partecipare ogni individuo che opera nell'organizzazione. I principali obiettivi di un sistema di controllo interno possono essere classificati come segue: efficienza ed efficacia delle attività; affidabilità, completezza e tempestività dei rendiconti finanziari e di gestione; conformità con le leggi e le regolamentazioni applicabili*”⁷.

Le definizioni sin qui fornite rendono l'idea dell'importanza che ha acquisito nel corso del tempo il sistema dei controlli interni per il raggiungimento degli obiettivi aziendali. In questo contesto s'inseriscono il recentissimo provvedimento sui controlli

⁵ La Commissione Treadway è stata creata nel 1985 con il patrocinio di prestigiose associazioni professionali statunitensi. Essa ha commissionato alla Coopers & Lybrand USA uno studio per individuare le cause di frodi aziendali e formulare suggerimenti per il contenimento di illeciti e falsi in bilancio, allo scopo di delineare un modello organizzativo di controllo interno e prefigurare una riforma degli assetti societari. Il testo conclusivo, denominato CoSo Report, pubblicato nel 1992, ha ottenuto un grande successo negli Stati Uniti. Esso è stato poi tradotto ed adattato per le imprese italiane, pubblicato con il titolo “Progetto corporate governance per l'Italia”.

⁶ Il Sarbanes Oxley Act è il Provvedimento di riforma dei mercati finanziari statunitensi emanato nel 2002.

⁷ Le Istruzioni di vigilanza emanate da Banca d'Italia riecheggiano le indicazioni del Comitato di Basilea, declinando sul piano normativo i caratteri del modello di derivazione anglosassone, conferendo ad esso una chiara valenza organizzativa e dando maggior risalto all'obiettivo di protezione dalle perdite: “*Il sistema dei controlli interni è costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative che mirano ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali e il conseguimento delle seguenti finalità: efficacia ed efficienza dei processi aziendali; salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite; affidabilità e integrità delle informazioni contabili e gestionali; conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne*”. Con le Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale (del 2006, Circ. n. 262, Tit. I, Cap. I) emanate in recepimento dell'Accordo di Basilea, Banca d'Italia nulla ha modificato della definizione del sistema dei controlli interni già fornita nel 1999. L'autorità ha soltanto aggiunto: “*(...) al fine di fronteggiare i rischi a cui possono essere esposte, le banche si dotano di idonei dispositivi di governo societario e di adeguati meccanismi di gestione e controllo. Tali presidi si inseriscono nella più generale disciplina dell'organizzazione e del sistema dei controlli interni volta ad assicurare una gestione improntata a canoni di efficienza, efficacia e correttezza*”.

antiriciclaggio, nonché alcune norme sull'Organismo di Vigilanza *ex* d.lgs. 231/2001 che di seguito si analizzeranno.

1. Il Provvedimento sui controlli antiriciclaggio: aspetti generali

Va detto subito che l'opinione di chi scrive su questo documento è di convinta adesione ad un'impostazione che, attraverso la creazione della "funzione antiriciclaggio", vuole sistematizzare l'area e l'intensità dei controlli di comparto, dando finalmente cittadinanza a processi e procedure sino ad oggi non sempre organici presso gli intermediari finanziari. In apertura, il Provvedimento sui controlli menziona il principio di proporzionalità. Tale principio permea tutte le norme dettate dal decreto legislativo 231/2007 ed assume rilevanza apicale anche nell'interpretazione delle disposizioni in esame le quali, è bene ricordarlo, si applicano ad una gamma estesa di soggetti; per alcuni di essi gli assetti di governo, di organizzazione e controllo sono regolati da normative di settore; per altri, tali assetti sono rimessi esclusivamente alle scelte dei soggetti stessi, nel quadro delle norme generali dell'ordinamento. In ragione di questo punto di partenza, le disposizioni sono state predisposte dall'Autorità di vigilanza tenendo conto degli assetti strutturali che presentano maggiore complessità, per effetto dell'adeguamento alle prescrizioni della normativa di settore o delle scelte compiute dai soggetti. Esse non vanno interpretate nel senso di imporre l'adozione di strutture più complesse di quelle in essere, mirando piuttosto ad assicurare la presenza di idonei presidi di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Ecco, dunque, il perché dell'applicazione delle disposizioni secondo il principio di proporzionalità⁸. Nell'ottica del Provvedimento *de quo*, per proporzionalità s'intende l'applicazione delle norme in coerenza con la forma giuridica, le dimensioni, l'articolazione organizzativa, le caratteristiche e la complessità dell'attività svolta dal destinatario⁹.

La precisazione non è di poco conto e non si riduce ad una mera enunciazione di principio. La mancata applicazione o l'applicazione "non proporzionata" delle previsioni normative del Provvedimento espongono infatti il destinatario (evidentemente un intermediario finanziario) a sanzione amministrativa di una certa rilevanza. Ai sensi di quanto disposto dall'art. 56, comma 1, d.lgs. 231/2007, *"nei casi di inosservanza delle disposizioni richiamate o adottate ai sensi degli articoli 7, comma 2, 37, commi 7 e 8, 54 e 61 si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 euro a 200.000 euro*

⁸ E' scontato il riferimento all'articolo 3 del d.lgs. 231/2007. Al comma 4, l'articolo precisa: *"L'applicazione delle misure previste dal presente decreto deve essere proporzionata alle peculiarità delle varie professioni e alle dimensioni dei destinatari della presente normativa"*.

⁹ Si deve comunque sottolineare come il riferimento al principio di proporzionalità non possa divenire per l'obligato una sorta di esimente o attenuante nel caso di mancata (o non adeguata) attuazione del Provvedimento sui controlli. A quanto stabilito, infatti, i compiti e le funzioni previste vanno svolte efficacemente per il perseguimento delle finalità cui sono preordinate, pur nella diversità delle configurazioni strutturali dell'azienda. Ci sono dei requisiti minimi che vanno comunque osservati: deve essere prevista la funzione antiriciclaggio e nominato il relativo responsabile (è ammessa l'esternalizzazione); ove l'unità di revisione interna non sia istituita, i relativi compiti possono essere assegnati ad un amministratore privo di deleghe operative; deve essere formalizzata l'attribuzione della responsabilità per l'invio delle sos.

(...)”. Il Provvedimento sui controlli interni antiriciclaggio, appunto, rientra fra quelli emanati dall'Autorità di vigilanza in ragione dell'art. 7, comma 2, del decreto 231¹⁰.

Ai fini della mitigazione del rischio di coinvolgimento degli intermediari in fatti di riciclaggio assume, nel corpo del Provvedimento, rilievo prioritario il coinvolgimento degli organi societari¹¹ e il corretto adempimento degli obblighi che su questi ricadono¹². Gli organi aziendali, nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, sono chiamati a definire politiche aziendali coerenti con i principi e le regole antiriciclaggio, adottare linee di *policy* idonee a preservare l'integrità aziendale, porre in atto misure organizzative e operative atte ad evitare il rischio di coinvolgimento in episodi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, svolgere controlli sul rispetto della normativa e sull'adeguato presidio dei rischi.

Al Consiglio di Amministrazione (organo con funzione di supervisione strategica) è richiesto di adottare le strategie sul contenimento del rischio di riciclaggio, assicurandosi che le funzioni operative e di controllo abbiano ruoli distinti e personale sufficiente¹³.

Lo stesso CdA dovrà accertare che procedure e sistemi informativi consentano sempre la corretta identificazione della clientela, l'acquisizione e l'aggiornamento dei dati per delineare i relativi profili di rischio. In materia di segnalazione di operazioni sospette, in particolare, al Consiglio di Amministrazione è attribuito il dovere di definire una procedura in grado di garantire certezza di riferimento, omogeneità nei comportamenti, applicazione generalizzata all'intera struttura, nonché di adottare misure volte ad assicurare la massima riservatezza sull'identità delle persone che hanno dato luogo alle segnalazioni.

Il documento dispone poi che sia lo stesso CdA ad approvare i programmi di addestramento e formazione del personale dipendente e dei collaboratori sugli obblighi derivanti dalla disciplina in parola.

Per quanto riguarda il Collegio sindacale (organo con funzione di controllo), ad esso è riservata la vigilanza sull'osservanza della normativa e sull'adeguatezza del sistema di gestione e controllo del rischio di riciclaggio.

In particolare, al Collegio sindacale¹⁴ è richiesto di valutare l'idoneità delle procedure poste in essere per l'adeguata verifica, la registrazione, la conservazione

¹⁰ L'art. 7, comma 2, testualmente dispone: “*Nel rispetto delle finalità e nell'ambito dei poteri regolamentari previsti dai rispettivi ordinamenti di settore, le autorità di vigilanza, d'intesa tra di loro, emanano disposizioni circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, l'organizzazione, la registrazione, le procedure e i controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria di cui all'articolo 11 e di quelli previsti dall'articolo 13, comma 1, lettera a), a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. (...)*”.

¹¹ Il provvedimento definisce come organi aziendali: “L'organo con funzione di supervisione strategica” (il Consiglio di amministrazione); “l'organo con funzione di gestione” (gli organi del Consiglio di amministrazione con funzioni esecutive); “l'organo con funzione di controllo” (il Collegio sindacale). E' lo stesso provvedimento a precisare che la funzione di supervisione strategica e quella di gestione, attenendo unitariamente all'amministrazione dell'impresa, sono generalmente incardinate nel medesimo organo aziendale, come tipicamente avviene nell'ambito del consiglio di amministrazione.

¹² Sull'accertamento e la configurazione dei reali doveri di detti organi, sia consentito rinviare a R. RAZZANTE, *L'art. 52 del d.lgs. 231/2007: l'equivoco degli organi incaricati del controllo di gestione*, in *Rivista 231*, 2/2009, pp. 133 ss.

¹³ Come lo stesso provvedimento prevede, il rischio di riciclaggio può essere ricondotto prevalentemente tra quelli di natura legale e reputazionale, ancorché non possano escludersi perdite su crediti o su strumenti finanziari dovute al finanziamento inconsapevole di attività criminose. Il rischio legale è compreso nell'ambito dei rischi operativi e come tale concorre alla determinazione del requisito patrimoniale previsto dal cd. “primo pilastro”; il rischio reputazionale viene trattato nell'ambito del cd. “secondo pilastro” e contribuisce, quindi, alla stima del grado di adeguatezza del capitale complessivo dell'intermediario.

¹⁴ Per un maggior approfondimento si veda G. CATALANO – V. BOSCIA, *Il ruolo del Collegio sindacale alla luce della sentenza 3251/2009 della Corte di Cassazione*, in *Rivista 231*, 3/2009, pp. 123 ss.

delle informazioni e per le segnalazioni nonché stimolare la ricerca e la correzione delle carenze, anomalie e irregolarità riscontrate.

Anche l'Organismo di Vigilanza *ex* d.lgs. 231/2001 è direttamente richiamato nel provvedimento della Banca d'Italia. L'Organismo potrà accedere "ai fini dell'assolvimento dei propri compiti" a tutte le informazioni rilevanti e ricevere flussi informativi dalle funzioni aziendali. Pare scontato ricordare come, data la riservatezza che copre i momenti di valutazione e d'inoltro delle segnalazioni di operazioni sospette alla UIF, l'OdV non possa accedere ai fascicoli allo scopo approntati.

Nel passaggio riservato all'OdV e al d.lgs. 231/2001, però, l'Autorità non è stata altrettanto precisa. In primo luogo, l'accento ai reati di finanziamento del terrorismo è errato non esistendo, nel codice penale e nell'ordinamento tutto, reati tecnicamente definiti in tal modo¹⁵. In secondo luogo, è errato il riferimento alle segnalazioni che l'Organismo di Vigilanza dovrebbe effettuare nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 231/2007. L'art. 52 non parla di segnalazioni ma di comunicazioni. Sarebbe assurdo se, nell'ambito dei propri poteri di controllo, l'OdV potesse inoltrare alla UIF segnalazioni di operazioni sospette¹⁶.

2. La Funzione ed il Responsabile antiriciclaggio

La seconda parte del Provvedimento è la più rilevante ed innovativa. In essa si definisce la funzione antiriciclaggio, nonché la figura del responsabile antiriciclaggio. Nell'impresa finanziaria, dunque, sarà creata una funzione *ad hoc*. Allo stato attuale, accade che il delegato all'antiriciclaggio si serva di risorse di altri uffici o, all'interno delle funzioni di controllo (*internal audit* e *compliance*)¹⁷, siano individuati soggetti dedicati alla prevenzione di questo rischio¹⁸. Tale possibilità rimane anche secondo quanto previsto dal nuovo documento purché si nomini un responsabile della supervisione.

La funzione deve essere organizzata in coerenza con il principio di proporzionalità, deve essere indipendente e dotata di risorse qualitativamente e quantitativamente adeguate ai compiti da svolgere. Ai fini dell'efficacia della prevenzione e del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, la funzione ha accesso a tutte le attività dell'impresa nonché a qualsiasi informazione rilevante per lo svolgimento dei propri compiti.

I diversi compiti in cui si articola l'attività della funzione possono essere affidati a strutture organizzative diverse purché sia nominato un responsabile con compiti di

¹⁵ Sul punto, per maggiore approfondimento, si veda il sito www.reatisocietari.it, laddove il curatore, l'Avv. M. Arena, ha pubblicato le proprie osservazioni sul provvedimento sui "controlli interni antiriciclaggio" posto in consultazione dall'ISVAP e nel quale (perseverare è diabolico) vi è la medesima imprecisione.

¹⁶ Sul punto si vedano le osservazioni presentate da AIRA -Associazione Italiana Responsabili Antiriciclaggio- per la pubblica consultazione avviata da Bankit sulla bozza del Provvedimento (ormai definitivo) che si commenta. Anche la Consob, nella propria bozza di provvedimento sui controlli antiriciclaggio (che dovrebbe essere definitivamente emanato in giugno), ha commesso la stessa imprecisione.

¹⁷ Per un maggior approfondimento delle problematiche relative ai rapporti tra la funzione di compliance ed i soggetti interni ed esterni all'azienda che si interfacciano con essa, si veda T. ATRIGNA, *Compliance, ruolo e responsabilità*, Milano, 2009, pp. 42 ss.

¹⁸ Si veda sul punto R. RAZZANTE – E. DELLAROSA, *La normativa antiriciclaggio e il nuovo sistema dei controlli interni*, in *Bancaria*, 1-2010, pp. 56 ss.

coordinamento e di supervisione. La funzione antiriciclaggio, dunque, può anche essere attribuita alla *compliance* o al *risk management*, non alla funzione di *audit*.

I compiti sono elencati nel Provvedimento. Questa deve identificare le norme applicabili e valutare il loro impatto sui processi e le procedure interne. Una sorta di *risk assessment* specialistico sull'antiriciclaggio. La funzione deve poi collaborare all'individuazione del sistema dei controlli interni e delle procedure finalizzato alla prevenzione del rischio. Gli intermediari sono pertanto chiamati a formalizzare protocolli e procedure (sempre che non ne abbiamo già) specifiche ed efficaci. Al riguardo non è mai banale ricordare che il rischio sanzionatorio si abbatte soprattutto grazie alla possibilità (che l'intermediario realizza in autonomia) di ricostruire sempre l'*iter valutativo* seguito nell'applicazione delle norme (soprattutto quelle che riguardano l'inoltro di SOS alla UIF). La "tracciabilità delle valutazioni" si ottiene anche grazie alla formalizzazione di efficaci procedure. La funzione deve, di conseguenza, verificare l'idoneità del sistema dei controlli interni e delle procedure adottati e proporre eventuali modifiche.

Ancora, importante è l'attività di consulenza nei confronti degli altri organi aziendali, nonché di valutazione preventiva specialistica in caso di offerta di prodotti e servizi nuovi.

Altre attribuzioni della funzione riguardano la verifica sull'affidabilità del sistema informativo di alimentazione dell'AUI; la trasmissione mensile dei dati aggregati; la predisposizione di un adeguato piano di formazione; la predisposizione di flussi informativi diretti all'alta direzione e agli organi aziendali; lo svolgimento di attività di rafforzata verifica della clientela nei casi di elevato rischio di riciclaggio.

La nuova realtà ha il compito di approntare un documento in cui siano definite responsabilità, compiti e modalità operative nella gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Questo documento, nel quale evidentemente confluiranno l'insieme delle procedure atte ad osservare gli adempimenti richiesti, deve essere disponibile e facilmente accessibile a tutto il personale dipendente e ai collaboratori.

Il Provvedimento fa poi accenno ad una sorta di potere ispettivo della funzione, che può effettuare controlli in loco su base campionaria per verificare efficacia e funzionalità delle procedure. Una sorta di rivisitazione, indubbiamente *in melius*, dei servizi "ispettorato" della banca.

Il Responsabile antiriciclaggio deve distinguersi, come la funzione, per adeguati requisiti di indipendenza, autorevolezza e professionalità. Questi rientra a tutti gli effetti nel novero dei responsabili di funzioni di controllo. Potrà essere nominato responsabile antiriciclaggio sia il responsabile della *compliance* che il *risk manager*. Fra i due, per una ragione di affinità di mansioni ed obiettivi, è preferibile -a nostro giudizio- affidare il compito al primo.

La funzione potrà essere "esternalizzata"¹⁹. La responsabilità per la corretta gestione dei rischi, però, resta in capo all'intermediario. L'intermediario finanziario dovrà

¹⁹ In ordine al contratto di esternalizzazione della funzione antiriciclaggio, si rileva come il provvedimento faccia riferimento generico a soggetti esterni dotati di idonei requisiti in termini di professionalità, autorevolezza e indipendenza. L'esternalizzazione deve essere formalizzata in un accordo che definisca quanto meno: la compiuta indicazione degli obiettivi da perseguire; la frequenza minima dei flussi informativi nei confronti del referente interno e degli organi di vertice e di controllo aziendali; gli obblighi di riservatezza delle informazioni acquisite; la possibilità di rivedere le condizioni del servizio al verificarsi di modifiche normative o nell'operatività e nell'organizzazione dell'impresa; la possibilità per le Autorità di vigilanza e la UIF di accedere alle informazioni utili per l'attività di supervisione e controllo.

nominare un preposto interno alla funzione antiriciclaggio il quale avrà il compito di monitorare le modalità di svolgimento del servizio da parte dell'*outsourcer*.

Il documento precisa che l'adeguatezza e l'efficacia della funzione antiriciclaggio dovranno essere sottoposte a verifica periodica da parte della revisione interna. Per evidenti motivi, dunque, la funzione antiriciclaggio non può e non potrà essere affidata alla funzione di revisione interna.

Il documento precisa alcuni aspetti legati alla figura del delegato *ex art.* 42, comma 4, d.lgs. 231/2007²⁰. Ai sensi di quest'articolo, compete al titolare dell'attività, al legale rappresentante dell'impresa ovvero ad un suo delegato, sia valutare le segnalazioni di operazioni sospette, sia trasmettere alla UIF le segnalazioni ritenute fondate²¹. Molte delle caratteristiche che il Provvedimento attribuisce al delegato sono riprese da quelle fissate per la funzione antiriciclaggio. La delega per la valutazione e la trasmissione delle segnalazioni può essere attribuita al responsabile antiriciclaggio e non può essere conferita al responsabile della funzione di revisione interna né a soggetti esterni all'impresa.

Una sezione apposita del Provvedimento è dedicata all'opera di addestramento e di formazione del personale. L'applicazione della normativa antiriciclaggio presuppone la piena consapevolezza delle finalità e dei principi del d.lgs. 231/2007. La formazione deve essere calibrata in base alle funzioni svolte dal personale²².

3. L'Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli interni antiriciclaggio

Tra le funzioni che esercitano poteri di controllo, un ruolo emblematico è attribuibile all'OdV²³. I rapporti fra OdV, CdA, Collegio sindacale e Amministratore delegato devono essere osmotici. L'attività di controllo deve distinguersi per lo scambio continuo di informazioni, per l'acquisizione di report e dati utili.

Ovviamente, l'OdV dovrà sottoporre a controlli preventivi sul rispetto del modello anche gli organi appena citati. A tal fine, nel Modello Organizzativo deve essere specificato che le attività poste in essere dall'Organismo non possano essere sindacate da alcuna tra le altre funzioni.

Analizzati (nei precedenti paragrafi) i passaggi principali del Provvedimento sui controlli interni per la prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, si ritiene doveroso approfondire il disposto dell'art. 52 d.lgs. 231/2007, articolo che reca ulteriori norme sugli organi di controllo (e, quindi, sull'OdV *ex d.lgs.* 231/2001) in tema di antiriciclaggio.

²⁰ Si veda R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Torino, 2011.

²¹ Si ricorda che, a quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 42, *"Il titolare dell'attività, il legale rappresentante o un suo delegato esamina le segnalazioni pervenutegli e, qualora le ritenga fondate tenendo conto dell'insieme degli elementi a sua disposizione, anche desumibili dall'archivio unico informatico, le trasmette alla UIF prive del nominativo del segnalante"*.

²² Anche per la violazione dell'obbligo formativo il decreto antiriciclaggio stabilisce una sanzione amministrativa da euro 10.000 a euro 200.000.

²³ Le attività che l'organismo è chiamato ad assolvere possono così sintetizzarsi: esame dell'adeguatezza del modello, ossia della sua reale capacità di prevenire i comportamenti vietati; vigilanza sull'effettività del modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito; verifica del mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello; cura del necessario aggiornamento, dell'integrazione ed adeguamento del modello.

Il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001 e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati vigilano, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, sull'osservanza delle norme contenute nel decreto antiriciclaggio. Questo è quanto disposto dal comma 1 dell'art. 52. A prescindere dalla genericità della norma²⁴ e dai problemi interpretativi che pone, se ne evidenzia la finalità: la vigilanza sull'osservanza delle norme del decreto 231.

Il dovere di vigilanza previsto dall'articolo in esame ed attribuito all'organo di controllo (inteso come qualsiasi organo di controllo dell'ente, comunque denominato, che, nell'ambito delle proprie competenze, vigili sull'applicazione del decreto 231/2007) è dettato anch'esso in un'ottica preventiva.

All'interno di un ente obbligato ex 231/2007, difatti, possono essere individuati gli addetti che, materialmente, effettuano gli adempimenti antiriciclaggio, e l'organo di controllo che vigila sulla corretta applicazione degli adempimenti stessi. Il dovere di vigilanza è inteso dal legislatore come un ulteriore presidio alla prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Certo, si potrebbe facilmente criticare questa lettura dell'art. 52, sulla base di quanto previsto, a livello sanzionatorio, dall'art. 55, comma 5, del decreto 231.

Come può interpretarsi l'art. 52 in chiave preventiva se poi lo stesso legislatore detta una sanzione, per giunta di natura penale, in capo all'organo di controllo che ometta di effettuare le comunicazioni di cui al comma 2 dell'art. 52?

La risposta è *in re ipsa*. L'organo di controllo (qualunque esso sia, quindi anche l'OdV) ha l'obbligo di effettuare le comunicazioni previste dal comma 2 dell'art. 52 laddove vi sia la necessità di prevenire il rischio di riciclaggio cui l'ente è esposto per un'anomala o omessa effettuazione degli adempimenti. Se l'ente non è esposto ad un maggior rischio, perché, per esempio, la mancata o anomala applicazione dei presidi è dovuta solo alla scarsa diligenza di un addetto o ad un mero errore materiale, le comunicazioni possono essere omesse. Se in mancanza di un rischio effettivo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo l'organo di controllo inviasse comunque le comunicazioni all'autorità di vigilanza competente, verrebbe meno la finalità preventiva della norma.

Naturalmente, l'organo di controllo che decida di non effettuare la comunicazione ex art. 52, comma 2, deve poter sempre documentare la mancanza di rischio che lo ha indotto ad omettere la stessa.

In ottica più generale, si potrebbe dire che il decreto 231 non sanziona il "mero inadempimento" dei presidi, ma sanziona, anche penalmente, l'inadempimento e/o l'adempimento inesatto o anomalo quando questi espongono l'obbligato al rischio di riciclaggio.

Il disposto dell'articolo 52 pare duplicare, in alcuni suoi passaggi, quest'obbligo di comunicazione imponendo a differenti organi di controllo la comunicazione stessa per le medesime "criticità".

Ciò non comporta particolari problematiche. La duplicazione dell'obbligo nasce dalla volontà del legislatore di garantire un monitoraggio effettivo e completo dei presidi antiriciclaggio aziendali.

²⁴ Per una più esaustiva analisi del comma 1 dell'art. 52 del D.lgs. 231/07 ci si consenta il rinvio al già citato *L'art. 52...*, in questa *Rivista*, 2-2009, pp. 133 ss.

Con questa chiave interpretativa devono essere lette le disposizioni previste dall'art. 52, comma 2, lett. *b)*, *c)* e *d)*. La locuzione “*di cui hanno notizia*” ripetuta in chiusura di ognuna delle tre lettere è indicativa della *ratio legis*. Qualsiasi falla del sistema antiriciclaggio aziendale deve essere individuata sebbene l'obbligo di comunicazione non sia connesso all'attività svolta. E' pur vero che vi sono altri organi aziendali sui quali incombe l'obbligo di comunicazione nei casi suddetti, ma il legislatore ha voluto garantire l'ente dall'eventuale inefficienza/inadempimento di questi organi, prevedendo che gli altri soggetti menzionati nel comma 1 dell'art. 52 possano comunque comunicare la criticità.

Analizziamo nello specifico il comma 2 dell'art. 52 cominciando dalle lettere *b)*, *c)* e *d)*. Queste tre lettere, difatti, impongono una serie di comunicazioni per i soggetti di cui al comma 1, senza però ricondurle nell'esercizio dei loro compiti tipici.

La lett. *b)* prescrive la comunicazione al titolare dell'attività o al legale rappresentante o al delegato aziendale delle infrazioni relative a operazioni sospette non segnalate alla UIF. La norma, più che contemplare una eventualità residuale, pare intesa (come le altre lettere del comma 2), quale “norma di chiusura”. Tale lettera, infatti, presuppone che il Collegio Sindacale o l'Organo di Vigilanza possano avere autonoma notizia di infrazione relative all'art. 41 e la comunichino al Dirigente preposto ai Controlli Interni. Non si duplicano gli adempimenti dell'intermediario né se ne appesantisce l'operatività, si pone soltanto un ulteriore presidio utile all'efficacia del sistema.

La lett. *c)* dispone la comunicazione al MEF delle infrazioni afferenti il trasferimento di denaro contante o di titoli al portatore. Il Collegio Sindacale o l'Organismo di Vigilanza²⁵, per esempio, possono effettuare le medesime comunicazioni allorquando ne acquisissero autonoma notizia.

Il “rischio”, al massimo, è quello che i vari organi aziendali interessati (e menzionati nel comma 1 dell'art. 52) possano effettuare una duplice comunicazione, visto che tale adempimento può essere onorato sia dai Controlli Interni, sia dal Collegio Sindacale e sia dall'OdV.

Non s'impongono, però, procedure specifiche od una “preferenza di comunicazione” ad un organo piuttosto che ad un altro. L'intermediario può adottare la procedura interna che ritiene più opportuna per evitare duplicazioni. La finalità è solo quella di garantire che, se del caso, una comunicazione sia comunque effettuata. Efficace, in questo senso, pare la formalizzazione di un atto interno dal quale si evinca la conoscenza, da parte di tutti gli organi interessati, della violazione e la contezza sull'effettuata comunicazione da parte di uno di questi.

La lettera *d)* prescrive la comunicazione all'Autorità di Vigilanza delle infrazioni agli obblighi di registrazione e conservazione. Anche in questo caso il Collegio Sindacale e l'OdV effettuano la comunicazione qualora acquisiscano autonoma notizia di infrazione.

In sostanza, allorquando il Collegio Sindacale e l'OdV acquisissero autonoma notizia delle infrazioni di cui sopra, potranno eseguire le comunicazioni, a seconda dei casi, al Dirigente dei Controlli Interni, alla Autorità di Vigilanza competente o al MEF. Ciò per tutelare e “sigillare” il sistema aziendale antiriciclaggio.

²⁵ Ci si riferisce al Collegio sindacale e all'OdV perché nelle strutture aziendali questi sono organi di controllo presenti nella maggior parte dei casi.

Discorso lievemente diverso per quel che riguarda il disposto della lettera *a*). Gli organi e i soggetti di cui al comma 1, infatti, “*comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell’esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell’art. 7, comma 2.*”, cioè violazioni circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, l’organizzazione, la registrazione, le procedure e i controlli interni volti a prevenire l’utilizzo degli intermediari a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

La lettera si riferisce espressamente ai fatti conosciuti nello svolgimento dei propri compiti e, dunque, “limita” l’obbligo di comunicazione.

FOCUS SUL CODICE ETICO, MODALITA' DI REDAZIONE E CONTENUTI

Fabio Bianchi, Head of legal department Tank Sgr Spa

Il codice etico può essere definitivo come l'insieme delle regole di comportamento con cui l'Ente intende formalizzare un modello di prevenzione con riferimento ad alcune specifiche tipologie di reato che sono previste ai sensi tutti dal d.lgs. 231/2001. Con lo strumento del codice etico pertanto l'Ente dovrà provvedere a creare un articolato complesso normativo con cui il soggetto collettivo andrà a conformarsi ai sensi tutti degli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001.

Tale dettato normativo disciplina nello specifico le prescrizioni per i soggetti in posizione apicale e le specifiche inerenti il modello di organizzazione dell'ente.

In particolare:

- 1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).*
- 2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attivita' nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalita' di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.*
- 3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, puo' formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneita' dei modelli a prevenire i reati.*
- 4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.*

5. E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.¹

Inoltre con riferimento agli obblighi per i soggetti sottoposti all'altrui direzione e connesse specifiche del modello di organizzazione dell'ente il legislatore prevede che:

1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

2. In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonche' al tipo di attivita' svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attivita' nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

4. L'efficace attuazione del modello richiede:

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni; delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attivita';*
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.²*

Con tali specifiche normative, il legislatore ha evidenziato pertanto che l'Ente attraverso il codice etico provvede a specificare alla collettività i doveri e le responsabilità che si assume con l'implementazione di tale modello 231 e contestualmente imposta tutti i processi di controllo interno aziendali determinando anche le specifiche inerenti alle possibili sanzioni in caso di violazione del modello stesso.

Tale dettato normativo interno dell'Ente diventa così vincolante per tutti coloro che operano con tale soggetto giuridico, sia essi interni che esterni, e si formalizza come l'intendimento dell'Alta Direzione societaria in materia di etica nella pratica quotidiana di svolgimento delle attività societarie.

Per quanto concerne la corretta applicazione del codice etico e del modello 231 implementato, il legislatore ha previsto che la verifica sulla situazione del codice etico e sulla sua applicazione sia di competenza esclusiva del consiglio di amministrazione della società che lo adotta.

Orbene, l'Ente provvederà a richiedere a tutti i soggetti con cui opera di realizzare comportamenti eticamente corretti al mero scopo di provvedere a tutelare e migliorare la propria correttezza comportamentale, reputazione e credibilità professionale.

Anche per quanto concerne l'aggiornamento del Codice Etico spetta al Consiglio di Amministrazione che dovrà provvedere ad adeguarlo sia all'evoluzione normativa sia alla sensibilità societaria sulle tematiche *in itinere*.

¹ D.Lgs 231/01, art. 6 - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche

² D.Lgs 231/01, art. 7 - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche

1. La formalizzazione del codice etico

Per quanto concerne la struttura del codice etico nella fase di redazione ed implementazione dello stesso occorre valutare con attenzione che i contenuti siano il più completi possibili ai fini di conformità *ex lege* e pertanto pur evidenziando che lo stile di redazione è libero, nella prassi il codice etico viene formalizzato inserendo alcuni punti fondamentali come quelli che a mero titolo esemplificativo vengono indicati di seguito.

In sede di indice in genere si provvede ad inserire delle brevi premesse a cui fa seguito l'obiettivo per il quale viene redatto il documento; dopo tali punti iniziali vengono inseriti i principi etici generali e quelli di corporate governance che la società si impegna ad adottare, quelli con il personale e con i terzi.

Alla fine del documento in genere si vanno ad inserire quali sono le disposizioni sanzionatorie che verranno applicate in caso di violazione e come funzionerà il sistema dei controlli interni.

Un esempio di tale indice può essere così formulato:

- Premessa ed obiettivi
- i Principi Etici generali;
- i Principi Etici nell'ambito della *Corporate Governance*;
- i Principi Etici nelle relazioni con il Personale;
- i Principi Etici nei confronti di terzi;
- Disposizioni sanzionatorie;
- Attuazione del rispetto dei principi etici e del sistema dei controlli

Per quanto concerne i principi etici generali, il codice etico dovrà prevedere tra i principi in evidenza, quello di rispetto della legge, onestà e correttezza, imparzialità, trasparenza e fiducia.

A tal proposito potrà essere inserito una specifica che disciplini *“i rapporti aziendali a tutti i livelli dovranno essere improntati a criteri e comportamenti di lealtà, onestà, collaborazione, reciproco dialogo e finalizzati ad una crescita sostenibile del valore creato”*.

Questi sono i principi base del documento ai quali si dovrà aggiungere anche quello della riservatezza delle informazioni di cui verrà a conoscenza la società durante lo svolgimento dell'attività finalizzata al raggiungimento dello scopo del suo oggetto sociale.

“I Destinatari assicurano la riservatezza delle informazioni conosciute in occasione delle operazioni compiute per conto della Società. I Destinatari sono tenuti a trattare dati e informazioni aziendali esclusivamente nell'ambito e per i fini delle proprie attività lavorative e, comunque, a non divulgare in alcun modo informazioni sensibili senza l'esplicito consenso degli interessati e informazioni riservate senza l'autorizzazione della Società”.

1.1 I principi etici della Corporate Governance

Il codice etico dovrà evidenziare anche che gli organi sociali prenderanno le decisioni societarie in piena autonomia e con l'obiettivo di creare valore per la società e per suoi azionisti, rispettando i principi della legalità e correttezza.

Importante nel documento andare ad evidenziare pertanto i principi delle relazione della *corporate governance* con gli azionisti che dovranno essere finalizzati alla

promozione della trasparenza e dell'informazione periodica, garantendo agli stessi tutela da qualsiasi operazione che possa essere formalizzata in conflitto d'interessi.

Per quanto concerne la disciplina del comportamento del personale dipendente della società *in itinere* sarà necessario che il codice disciplini minuziosamente quali siano i relativi obblighi, inserendo ad esempio:

“Con il presente documento si evidenzia che il personale dipendente dovrà provvedere ad evitare ogni situazione o attività che possa generare conflitti di interesse con la presente società o che potrebbe interferire con la capacità di assumere decisioni imparziali. Si precisa pertanto che tutte le informazioni acquisite nello svolgimento delle attività debbono rimanere strettamente riservate e non possono essere divulgate all'interno o all'esterno della società.

Tutti i dipendenti avranno pertanto l'obbligo di segnalare al responsabile aziendale di riferimento eventuali comportamenti contrastanti con il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo adottato dalla Banca ai sensi del D.Lgs. 231/2001, il contenuto dei contratti di lavoro, la normativa interna o il presente Codice Etico.

Nella fattispecie in cui vengano impartite dai rispettivi responsabili aziendali compiti contrastante con la suddetta disciplina normativa, la segnalazione dovrà essere inviata direttamente all'Organismo di Vigilanza all'uopo nominato”.

Per quanto concerne invece i principi etici nei confronti dei terzi, facendo riferimento ai rapporti con i fornitori potranno essere indicate alcune specifiche di comportamento nello statuto che vadano a disciplinare la gestione del rapporto con tali soggetti.

A mero titolo esemplificativo lo statuto potrebbe prevedere che:

“tutti gli acquisti che verranno effettuati da parte della società dovranno essere effettuati con lealtà, integrità, riservatezza, diligenza da parte del personale interno che si assume la responsabilità delle proprie azioni garantendo nell'attività di acquisto alla presente società l'osservanza di tutte le disposizioni normative rilevanti.

Tutti i dipendenti addetti al processo di acquisto dovranno pertanto attenersi al mero rispetto dei principi di imparzialità ed indipendenza nell'esercizio delle funzioni espletate all'interno della presente società, di essere liberi da obblighi personali verso i fornitori. Inoltre i dipendenti dovranno provvedere a segnalare immediatamente all'Organismo di Vigilanza qualsiasi tentativo di violazione dei normali rapporti commerciali”.

2. Disposizioni sanzionatorie

Nel codice etico una parte non trascurabile riguarda anche le disposizioni sanzionatorie in quanto in caso di violazione del codice stesso, in quanto il legislatore ha precisato che trattasi di violazione degli obblighi contrattuali anche nei confronti dei dipendenti della società ai sensi tutti dell'art. 2104 c.c.

Tale dettato normativo disciplina che *“il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.”*

Il legislatore ha anche evidenziato che la violazione del codice etico costituisce pertanto un inadempimento delle normative relativa al rapporto di lavoro ai sensi tutti dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori.

Per quanto concerne la parte del codice relativa alla attuazione e al controllo del codice etico, dovrà essere indicata la data con cui il Consiglio di Amministrazione ha provveduto a deliberare il codice stesso e dovrà essere precisato anche per quanto concerne tutti i successivi e possibili aggiornamenti che dovranno essere approvati da parte sempre del Consiglio di Amministrazione e comunicati a tutti i soggetti interessati ed individuati nel codice etico stesso.

In questa parte del codice la società dovrà indicare che lo stesso è stato inviato a tutti i dipendenti della società e che verrà distribuito anche a tutti i soggetti che avranno rapporti di affari con la società stessa.

Ai sensi normativi è importante che la società evidenzi che la conoscenza del codice etico e del modello 231 stesso siano assicurati da parte della società con appositi programmi di formazione per i dipendenti come previsto anche nel codice etico.

Per quanto riguarda invece il monitoraggio, il documento dovrà prevedere che spetterà all'organismo di vigilanza provvedere alle verifiche in itinere quali l'applicazione e il rispetto del codice etico, che dovrà essere effettuata tramite un'attività di monitoraggio costante e continua prendendo visione anche di eventuali segnalazioni di violazione del codice stesso.

3. I controlli dell'Organismo di Vigilanza sul codice etico

E' bene precisare ai fini di mera completezza che l'Organismo di Vigilanza che provvede ad effettuare i relativi controlli sul Codice Etico valutando singoli aspetti e possibili criticità che possono essere così evidenziati in singole aree, che i responsabili aziendali dovranno monitorare con maggiore attenzione:

- Quale è la specifica previsione del Codice Etico.
- La società ha provveduto a diffondere il Codice Etico all'interno dell'organizzazione aziendale.
- La società ha provveduto a tenere appositi corsi di formazione periodica per i propri dipendenti in materia di 231/2001.
- Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso anche in tema di disciplina di *Corporate Governance*.
- Istituzione di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato di controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza.

Anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance*, nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del management e dei dipendenti.

- Riporto periodico al Vertice sullo stato dei rapporti con il Collegio Sindacale e degli organi di controllo sulla Società.

IL GIUDIZIO DI IDONEITÀ DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE *EX* d.lgs. 231/2001: INCERTEZZA DEI PARAMETRI DI RIFERIMENTO E PROSPETTIVE DI SOLUZIONE

Avv. Vincenzo Mongillo, Ricercatore di diritto penale, Università Sapienza di Roma

1. *Compliance* e colpa di organizzazione

Nell'ultimo decennio una sorta di progressione continua nelle aspettative rivolte alle società commerciali ha legato i tre *Leitmotive* della cd. *compliance* aziendale, del governo societario (*corporate governance*) e della responsabilità sociale delle imprese (*corporate social responsibility*).

La *compliance*, in particolare, esprimendo l'obiettivo minimo della conformità alle prescrizioni normative, riflette un principio in sé elementare: le imprese nel perseguimento dei loro legittimi scopi utilitaristici non devono sfruttare o incorrere in condotte vietate, violando il dovere generale di non procurare danni a singoli individui e alla collettività.

Tuttavia, nella "società dei controlli"¹ e "dei protocolli"², tale esigenza viene calata all'interno di un preciso *frame* tecnicistico: il rispetto della legalità non si ottiene solo con la minaccia di sanzioni, ma anche e soprattutto attraverso un'efficace prevenzione endosocietaria, fatta di politiche, modelli gestionali, procedure decisionali e presidi di monitoraggio e sorveglianza. Di questa filosofia, il "modello di organizzazione, gestione e controllo" di cui al d.lgs. 231/2001 rappresenta, indubbiamente, la più significativa concretizzazione giuridica nell'ordinamento interno.

Com'è noto, tale istituto nasce dal tentativo del legislatore italiano di informare la responsabilità degli enti da reato, ancorché formalmente etichettata come "amministrativa", al canone costituzionale di cui all'art. 27, comma 1, Cost.. Ne è derivato un modello di imputazione strutturalmente assimilabile a quello *colposo*³, in

¹ Cfr. POWER, *La società dei controlli. Ritualità di verifica*, trad. it., Torino, 2002.

² L'espressione "società dei protocolli" è stata utilizzata da David Brooks, *columnist* del New York Times, in un articolo pubblicato in versione italiana in *La Repubblica* del 27 dicembre 2009.

³ Cfr., per tutti, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 220, 226, secondo cui il fondamento della responsabilità dell'ente è da ricercare "in un colposo modo di essere organizzato"; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 107; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Lattanzi G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2ª ed., Milano, 2010, pp. 83 ss.; FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, pp. 5106 ss.; PISANI N., *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in D'Avirro - Di Amato (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X, Padova, 2009, pp. 120 ss.

quanto imperniato sulla nozione, squisitamente normativa e “colma di istanze preventive”⁴, di “colpa di organizzazione” (sebbene con le peculiarità legate alla differenziazione del relativo regime probatorio, a seconda che il reato base sia stato commesso da soggetti di vertice dell’organizzazione o loro sottoposti). Infatti, il nucleo del “rimprovero” mosso all’ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti *ex lege* qualificati, risiede proprio in un *deficit* oggettivo di organizzazione in chiave preventiva.

Non ci si è appagati, però, di nozioni vaghe: per rendere più tangibile l’evanescente concetto di “colpevolezza di impresa”, il legislatore ha individuato nell’adozione ed efficace attuazione di un Modello di Organizzazione e Gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (di seguito anche “Modello”) il “*supporto materiale* del dovere organizzativo” dell’ente⁵ e, quindi, il fattore determinante per escludere la sua rimproverabilità.

Al di là delle formule linguistiche, già prima del d.lgs. 231/2001 il concetto di colpa per carente organizzazione interna non era del tutto estraneo alle dinamiche punitive nelle organizzazioni imprenditoriali complesse. Basti pensare al settore della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, dove sin dal d.lgs. 626/1994 si è affermata l’idea che un’efficace prevenzione degli infortuni richieda non solo il rispetto delle misure tecniche di sicurezza, ma anche un’oculata programmazione e un’organizzazione adeguata, in vista dell’eliminazione o, quando ciò non sia possibile, della minimizzazione dei rischi, alla stregua delle conoscenze più evolute.

Con il d.lgs. 231/2001, però, la corretta organizzazione interna in funzione della prevenzione di fatti penalmente rilevanti non è più solo *munus* delle persone fisiche che dirigono l’ente (dei suoi apici), ma è divenuta il parametro essenziale per misurare l’accortezza della *societas* in quanto tale, come collettività, nel prevenire le proiezioni offensive prevedibili della propria attività. E’, quindi, l’atteggiamento complessivo dell’ente rispetto al reato a dover essere valutato su questo piano, alla stregua di *standard* di diligenza verosimilmente più severi di quelli richiesti per la persona fisica, considerate le maggiori capacità cognitive e di intervento che ha l’organizzazione, come soggetto pluripersonale, rispetto all’individuo isolato⁶.

2. L’impostazione “punitivo-premiante” del d.lgs. 231/2001 e le attuali difficoltà

Per incentivare gli enti ad assumere moduli comportamentali virtuosi, il d.lgs. 231/2001 ha preso spunto dal sistema nordamericano dei *compliance programs*, coniando però un originale paradigma di tipo “punitivo-premiante”: minaccia di sanzioni rigorose (pecuniarie, ablativo, interdittive e reputazionali) e contestuale promessa di esenzione dalla responsabilità (anche oltre, quindi, i cospicui sconti di

⁴ Cfr. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in Id. (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 43.

⁵ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in Lattanzi G. [nota 3], p. 157.

⁶ Sulle “capacità superiori” dell’“agente-modello collettivo” rispetto a quello individuale, cfr. PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in questa *Rivista*, 3-2006, pp. 178 ss.; ATTILI, *L’agente-modello “nell’era della complessità”: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1250.

pena previsti dall'ordinamento federale statunitense⁷) nel caso di adozione ed efficace attuazione *ante factum* di un idoneo programma di prevenzione del rischio-reato⁸.

Il meccanismo dei programmi di autodisciplina avrebbe dovuto mitigare l'impatto del nuovo sistema sanzionatorio diretto contro gli enti collettivi e al contempo promuovere il radicamento di chiari principi etici e corretti sistemi gestionali in tutto il sistema imprenditoriale⁹.

Sennonché, proprio la strategia di prevenzione del *corporate crime* imperniata sui Modelli di Organizzazione conosce oggi un primo significativo momento di *impasse*, che rischia di ostacolarne il compiuto decollo nelle imprese di grandi e medie dimensioni e di determinarne il definitivo rigetto da parte delle realtà imprenditoriali minori (dove finora ha avuto un impatto pressoché insignificante).

Infatti, l'esplorazione dell'*ubi consistam* della colpa di organizzazione è ancora lontana dall'aver raggiunto approdi sicuri. Permane, così, un sensibile disorientamento degli operatori in ordine al contenuto del Modello Organizzativo idoneo ad escludere la responsabilità dell'ente all'esito di eventuali verifiche giudiziali. In definitiva, "nel momento in cui «invita» le imprese a dotarsi di codici comportamentali in funzione preventiva dei reati, il legislatore sembra, in effetti, «promettere» troppo poco rispetto a quanto pretende"¹⁰.

L'insoddisfazione di larga parte del mondo imprenditoriale per l'attuale assetto di disciplina è l'esito di un processo che può essere scomposto in quattro stadi essenziali.

Ad una fase iniziale di sostanziale disinteresse delle imprese per la nuova disciplina, ne è seguita un'altra di adeguamento prevalentemente "cosmetico" o di facciata. Tuttavia, dopo le prime incisive applicazioni giurisprudenziali è cresciuta la preoccupazione nelle società per le ricadute del d.lgs. 231/2001 ed è così emersa una maggiore disponibilità ad adottare moduli organizzativi in linea con le esigenze del nuovo *corpus* normativo. Quando, però, le pronunce sfavorevoli alle società coinvolte in procedimenti penali hanno cominciato ad infittirsi, si è diffuso il sospetto della sostanziale inutilità degli sforzi di prevenzione del rischio di realizzazione di reati: l'impressione, cioè, che a prevalere sarebbe sempre la sbrigativa logica secondo cui la stessa commissione di un reato nell'ente riveli, *ex post*, l'inidoneità del Modello. E neppure qualche sporadica pronuncia assolutoria è riuscita a modificare questo *mood* pessimistico, ed anzi ha suscitato più perplessità che certezze¹¹.

⁷ Sulla "carrot and stick philosophy" delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, entrate in vigore il 1 novembre 1991, v., per tutti, COFFEE, "Carrot and Stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in *F.S.R.*, 1990, pp. 126 ss.; SWENSON, *The Organizational Guidelines' "Carrot and Stick" Philosophy, and Their Focus on "Effective" Compliance*, in *Corporate Crime in America: Strengthening the "Good Citizen" Corporation*, Washington, DC., 1995, pp. 17 ss. Nel nostro sistema, invece, l'attenuazione della pena inflitta è collegata all'adozione postuma del Modello (art. 12, comma 2, lett. b)).

⁸ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 333; CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, p. 205.

⁹ Cfr. PULITANO, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, p. 959.

¹⁰ FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 11/2010, p. 4032.

¹¹ G.I.P. Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo, in *Le soc.*, 2010, pp. 475 ss., con commenti, per lo più critici (specie per quanto concerne i profili dell'effettiva attuazione del Modello e della vigilanza dell'OdV), di PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione lassista o interpretazione costituzionalmente orientata?*, *ivi*, pp. 476 ss.; SALAFIA, *Per la prima volta, il GIP Milano assolve una SpA da responsabilità amministrativa*, *ivi*, pp. 482 ss.; EPIDENDIO, *Il Modello Organizzativo 231 con efficacia esimente*, in questa *Rivista*, 4-2010, pp. 149 ss.

A ben vedere, però, l'attuale diffuso scetticismo delle imprese circa l'utilità dei Modelli *ex d.lgs. 231/2001*, è frutto, più che di una prassi giudiziale rigorosamente orientata in senso repressivo, di limiti congeniti all'impianto normativo sin dalla sua entrata in vigore, ed ulteriormente acuiti dal progressivo ampliamento del paniere dei reati-presupposto.

In numerosi casi, infatti, le dichiarazioni di inidoneità di Modelli Organizzativi, per lo più nell'ambito di procedimenti cautelari, hanno riguardato o società del tutto prive *ex ante* di protocolli specifici ovvero provviste di Modelli ineffettivi (es. documento cartaceo pubblicato attraverso l'*intranet* aziendale e "tenuto nel cassetto" dai destinatari) o ciclostilati (e quindi non ritagliati sulle singole realtà aziendali), o l'adozione *ex post* di Modelli ancora lacunosi (ad es. per non aver sufficientemente presidiato il rischio evidenziato dal reato o aver istituito Organismi di Vigilanza scarsamente indipendenti e privi di mezzi adeguati)¹².

Pertanto, le maggiori difficoltà con cui devono confrontarsi gli operatori economici che intendano essere *compliant* rispetto agli obiettivi indicati dal d.lgs. 231/2001 derivano, a monte, dall'incerto statuto della colpa di organizzazione quale cardine della responsabilità dell'ente.

Per comprenderlo, occorre partire dalla struttura dell'accertamento giudiziale della *culpa* dell'ente collettivo¹³.

L'imputazione "soggettiva" della responsabilità all'ente richiede che si accerti la violazione di una regola di corretta organizzazione e gestione idonea a prevenire la commissione del reato ("di reati del tipo di quello verificatosi", nelle parole dell'art. 6). Quindi il vaglio di adeguatezza non investe l'intero Modello, ma va rapportato allo specifico reato *sub iudice*: è un giudizio concreto e relativo, anziché astratto ed esteso al modo di essere dell'intera organizzazione (preventiva). E in effetti, solo appurando la "connessione"¹⁴ o il "legame specifico tra la violazione organizzativa e il singolo fatto criminoso", può evitarsi che la colpevolezza 'collettiva' "resti un mero pretesto per punire indiscriminatamente l'ente"¹⁵.

Pertanto, una volta accertata la violazione di una cautela preventiva (di buona e prudente organizzazione) occorrerà riscontrare - mutuando i consolidati principi della responsabilità penale nelle fattispecie colpose di evento¹⁶ - anche che il reato verificatosi rappresenti la concretizzazione del rischio (o di uno dei rischi) che la regola cautelare intendeva contenere (prevedibilità c.d. in concreto) e, altresì, che l'adozione di moduli organizzativi corretti (comportamento lecito, alternativo a quello colposo) avrebbe scongiurato con ragionevole certezza il verificarsi del reato o quantomeno ridotto entro limiti accettabili il rischio di commissione¹⁷. E quest'ultima,

¹² Cfr. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, p. 1248, il quale contesta che il panorama giurisprudenziale sia così grigio come spesso descritto in dottrina.

¹³ Sul punto, v., con diverse sfumature, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Parte generale*, Milano, 2008, pp. 173 ss., 179 ss., 189 ss.; DI GIOVINE [nota 3], spec. pp. 93 ss.; FIORELLA [nota 3], pp. 5104 ss., 5107, il quale sollecita, altresì, in ottica di autentica soggettivizzazione, la ricerca di parametri tramite cui isolare una effettiva "volontà collettiva"; VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in Id. - Cerasa-Gastaldo - Rossi A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, p. 20.

¹⁴ Cfr., limpidamente, FIORELLA [nota 3], p. 5104.

¹⁵ Così, ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società, associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 409.

¹⁶ Cfr., per tutti MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 3ª ed., 2009, pp. 308 ss.

¹⁷ Sul punto sorge, però, una questione interpretativa, giacché l'art. 6, riferendosi alla mancata adozione di un Modello idoneo "a prevenire reati della specie di quello verificatosi", senza richiedere - come nell'art. 7 - che il reato sia stato reso

a ben vedere, sarà anche la proiezione ordinaria del sindacato giudiziale: posto che l'ente crea, per il fatto stesso di operare, pericoli di realizzazione di reati, le regole di corretta organizzazione prevenzionistica, per non causare una paralisi dell'operatività, quasi mai potranno azzerarli¹⁸ e si limiteranno, perciò, a delimitare la sfera di "rischio consentito" entro cui l'ente può legittimamente svolgere la propria attività¹⁹.

Concentrandoci ora sulla prima fase dell'accertamento (violazione di una regola cautelare), il legislatore ha indicato nel Modello di Organizzazione il fondamentale strumento precauzionale per prevenire la commissione di reati all'interno di un ente e ha fissato le "esigenze" fondamentali che esso deve soddisfare (artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001; art. 30 d.lgs. 81/2008 nella materia della salute e sicurezza dei lavoratori). Pertanto, la colpa "da disorganizzazione" sembrerebbe di natura "specificata", nella specie per inosservanza di *standard* doverosi positivizzati a livello legislativo²⁰.

Nella sostanza, però, la disciplina legislativa della responsabilità da reato degli enti non contiene vere e proprie regole cautelari, ma si limita a richiedere l'*idoneità* del Modello e a tracciare il perimetro, la cornice della vera e propria regola "modale" che l'ente sarà chiamato a *creare*²¹, affinché l'attività di impresa resti entro la soglia del "rischio permesso". La legge, quindi, fornisce "clausole generali, che tutt'al più fungono da semplice parametro cui attingere per ottenere indicazioni di massima da concretizzare in rapporto alle singole esigenze degli enti con riferimento alle loro attività e organizzazioni"²².

Allora, la colpa dell'ente, che *primo visu* parrebbe "specificata" per inosservanza di regole scritte²³, rivela, quanto ai suoi meccanismi ricostruttivi, i tratti della colpa cd. "generica"²⁴. Detto più precisamente, l'estrema elasticità dei criteri di giudizio elencati dalla legge fa sì che "l'accertamento della loro violazione non differisc[a] sostanzialmente da quello della violazione di una norma di mera e generica diligenza caratteristica della cosiddetta colpa generica"²⁵.

possibile dall'omissione, potrebbe anche indurre a ritenere che nel caso di illecito realizzato dall'apice l'accertamento debba arrestarsi all'appartenenza del tipo di reato commesso allo spettro cautelare della norma violata, senza una verifica di tipo causale. In tal senso Cass., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, Mussoni ed altri, rv. 244256, secondo cui, in caso di responsabilità di un soggetto apicale, l'ente che abbia ommesso di adottare e attuare un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato contestato (nella specie corruzione) non risponde soltanto nell'ipotesi di interesse esclusivo del reo o di terzi (art. 5, comma 2); nello stesso senso, in dottrina, AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2ª ed., 2009, p. 48.

¹⁸ Si tratta, quindi, di regole cautelari 'improprie', nell'accezione di VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 13.

¹⁹ Per la notazione che i modelli di organizzazione delimitano "un'area di rischio consentito dell'attività di impresa", v. anche PISANI [nota 3], p. 178.

²⁰ Di questo avviso è, ad es., BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, 2005, p. 140.

²¹ Sul modello di prevenzione del rischio-reato come "concretizzazione «modale» del dovere organizzativo gravante sull'ente, v. PALIERO-PIERGALLINI [nota 6], p. 184.

²² Così FIORELLA, in Pinza (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, Arel-pwc, Roma, p. 30. Sulla genericità dei parametri elencati dall'art. 6 e il conseguente rischio di eccessiva discrezionalità giudiziale, v. anche MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 23/2001, p. 10; BERNASCONI A., *Modelli organizzativi, regole di giudizio e modelli probatori*, in Id. (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2006, p. 94.

²³ Solo rispetto alla violazione delle regole cautelari auto-normate dall'ente e contenute in un Modello 231 astrattamente idoneo (e non alla sua omissa predisposizione), potrebbe, a nostro avviso, parlarsi di colpa 'specificata' per inosservanza di "discipline" nel significato di cui all'art. 43, comma 1, c.p. o - sulle orme di CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 318 s. - di "colpa protocollare" o "procedurale" (*tertium genus* tra colpa generica e colpa specifica).

²⁴ In generale, per la considerazione che "in presenza di una regola elastica, sebbene si tratti di inosservanza di regole scritte, saremo piuttosto di fronte ad una «colpa generica» (quanto ai meccanismi ricostruttivi)", v. CASTRONUOVO [nota 23], p. 318.

²⁵ Ancora FIORELLA [nota 22], p. 31.

Pertanto, la verifica giudiziale di idoneità del modello penal-preventivo adottato dall'ente si risolve in un giudizio normativo volto a controllare, non tanto l'eventuale violazione di precise regole cautelari di fonte legislativa (o secondaria), quanto la conformità delle regole prevenzionali auto-normate dall'ente "alle migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione o di minimizzazione del rischio tipico"²⁶.

Risultano ora chiare le difficoltà applicative in cui deve destreggiarsi l'ente che intenda conformarsi al decreto 231 e, *a posteriori*, il giudice chiamato a verificare, in sede processuale, l'idoneità *ex ante* del Modello a prevenire reati della stessa *species* di quello realizzato. I requisiti di un'organizzazione virtuosa non rispondono, allo stato, a parametri di diligenza, prudenza o perizia sufficientemente determinati e riconoscibili. E il soggetto chiamato ad effettuare l'accertamento è per giunta "visibilmente inattrezzato, per cultura, formazione e prassi, a confrontarsi con le organizzazioni complesse"²⁷. Di conseguenza, le valutazioni giudiziali *in subiecta materia* sono endemicamente corrose da una cospicua componente di soggettività, fonte di incertezze e disomogeneità applicative.

Eccoci, quindi, giunti alla questione di fondo attorno a cui ruotano le attuali prospettive di riforma del d.lgs. 231/2001: l'adozione, l'implementazione e la costante attuazione di un Modello idoneo, se da un lato comporta costi elevati ed immediati sia in termini economici che burocratici per le imprese, dall'altro non offre - quale contropartita - sufficienti garanzie di esenzione dalla responsabilità allorché si verifichi l'"incidente" della commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

3. I tre 'formanti' delle regole di prevenzione del rischio-reato

Per dimostrare più compiutamente quanto appena enunciato, giova partire dalla seguente constatazione. I criteri per la costruzione di un adeguato modello preventivo - quindi i principi e le regole cautelari specifiche che definiscono la tipicità della colpa di organizzazione e il "rischio consentito" - sono articolati su tre diversi livelli, in cui la vincolatività del precetto è inversamente proporzionale al suo grado di determinatezza: legge e fonti subordinate → "Linee Guida" redatte dalle associazioni di categoria → migliori prassi e conoscenze empiriche (la cd. *best practice*)²⁸.

3.1. Hard law

Il *primo livello (hard law)* è costituito dai principi direttivi formulati dalla legge (nel caso di specie, atti aventi forza di legge) ai fini della costruzione ed effettiva attuazione di un Modello Organizzativo volto alla prevenzione dei rischi di commissione di determinati reati.

²⁶ Cfr. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in questa Rivista, 2-2011, pp. 140 ss.

²⁷ PIERGALLINI [nota 5], p. 195.

²⁸ V., sul tema, anche ASSUMMA B., *Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e di gestione e nel giudizio di idoneità di esso*, in questa Rivista, 4-2010, pp. 193 ss.

In quest'ambito rientrano, anzitutto, le "esigenze" e i parametri generali fissati dagli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001 per l'efficace prevenzione di qualsiasi reato-presupposto: valutazione sistematica dei rischi da prevenire (mappatura delle aree in cui possono essere commessi reati), protocolli preventivi, corretta gestione delle risorse finanziarie, flussi informativi verso l'organismo deputato alla vigilanza indipendente sul Modello, sistema disciplinare, meccanismi volti a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

Finora, criteri di tipo "settoriale" sono stati plasmati dal legislatore solo per i Modelli di Organizzazione volti a prevenire i reati di omicidio colposo e lesioni colpose commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (art. 30 d.lgs. 81/2008).

Qualche riflesso sulla materia del controllo interno *ex* d.lgs. 231 hanno avuto anche alcuni interventi normativi in contesti affini. Questo è il caso, ad esempio, delle disposizioni tecnico-operative (fonti subordinate alla legge) dettate in tema di *compliance* dalle autorità indipendenti di settore (Consob, Banca d'Italia, Isvap)²⁹, considerate le chiare analogie tra la gestione del rischio-reato e quella afferente il rischio di *compliance*³⁰, definito in questi atti normativi come il rischio di incorrere in sanzioni, perdite finanziarie o danni reputazionali conseguenti alla violazione di norme legislative, regolamentari o di autoregolamentazione.

In ogni caso, è al d.lgs. 231/2001 che deve soprattutto guardarsi per verificare il livello di determinatezza della "fattispecie colposa" addebitabile all'ente.

Sotto questo profilo, per le ragioni già esposte, va anzitutto riconosciuto come il nostro legislatore non si sia limitato - come in altri ordinamenti (es. codice penale svizzero³¹) - a fondare la responsabilità dell'ente sul generico presupposto della colpevolezza per "mancata adozione di misure preventive" della commissione di reati. Tuttavia, i parametri forniti in ordine a ciò che può reputarsi un'organizzazione virtuosa in ottica precauzionale equivalgono, per la loro genericità, ad un mero involucro che l'ente dovrà autonomamente riempire di concreti contenuti cautelari (la cui "bontà" sarà il giudice, in ultima istanza, ad appurare). Nulla si dice, per esempio, sui mezzi più adeguati per raggiungere l'obiettivo preventivo (es. consistenza dei protocolli di prevenzione del reato e elementi del sistema disciplinare posto a presidio dell'effettività del Modello) e del tutto imprecisati restano anche i poteri e la composizione dell'Organismo di Vigilanza (*infra*, anche "OdV"), così come la sua collocazione all'interno del sistema dei controlli societari.

A condizionare in modo decisivo le scelte del legislatore è stata la convinzione che fossero impraticabili disposizioni più dettagliate, stante l'estrema varietà di enti, settori merceologici e strutture organizzative che compongono la realtà imprenditoriale. Ovviamente, non si tratta di suggestione del tutto infondata: ogni qual volta la legge interviene in modo rigido sulla struttura e sul funzionamento di entità organizzate v'è

²⁹ BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di Vigilanza - La funzione di conformità (compliance)*, 12 luglio 2007, spec. art. 6; CONSOB-BANCA D'ITALIA, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, 29 ottobre 2007; ISVAP, *Regolamento recante disposizioni in materia di controlli interni, gestione dei rischi, compliance ed esternalizzazione delle attività delle imprese di assicurazione, ai sensi degli articoli 87 e 191, comma 1, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - codice delle assicurazioni private*, 26 marzo 2008, spec. art. 17.

³⁰ Cfr. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 515.

³¹ Cfr. art. 102, comma 2, c.p. svizzero, il quale stabilisce, in relazione a specifiche fattispecie dolose (come il riciclaggio e la corruzione), che l'impresa è punita "qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato".

sempre il pericolo di produrre disfunzioni pratiche ed, altresì, di comprimere eccessivamente libertà costituzionalmente garantite come quelle di associazione (art. 18) e di impresa (art. 41), cui appartiene ovviamente anche il momento cruciale delle scelte organizzative interne.

D'altra parte ciò non ha mai impedito, ad es., la fissazione, in seno al diritto societario, di una griglia essenziale di requisiti di *corporate governance* o che la legislazione in materia antinfortunistica prescrivesse, almeno oltre una determinata soglia dimensionale o in presenza di rischi particolari, un determinato assetto organizzativo a fini prevenzionistici (servizio di prevenzione e protezione, medico competente, squadre di emergenza, addetti al primo soccorso, ecc.) e moduli formalizzati di *risk assessment* presidiati anche penalmente (documento di valutazione del rischio). Del resto, non va dimenticato che, se l'art. 41 della Carta fondamentale enuncia il principio della libertà d'iniziativa economica, al secondo comma avverte che essa "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" e al terzo che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

Pertanto, anche nel campo della profilassi anti-reato, non è in discussione la possibilità della legge di incidere sull'organizzazione interna degli enti in funzione della tutela di beni di pari rango costituzionale (vita, incolumità, proprietà, risparmio, imparzialità e buon andamento della p.a., ecc.), ma la misura ragionevole e praticabile di un simile intervento.

Ebbene, il legislatore italiano, nella individuazione dei criteri di costruzione ed implementazione del Modello Organizzativo avente efficacia esimente della responsabilità dell'ente, non solo ha rinunciato a forgiare prescrizioni diversificate per tipi di rischio-reato, settori di attività e tipologie organizzative, ma anche soltanto a specificare e circostanziare i presupposti minimi di un'efficace organizzazione preventiva.

Così, con riferimento alle *imprese di piccole dimensioni* l'unica disposizione *ad hoc* è quella contenuta nell'art. 6, comma 4, d. lgs. 231/2001, che, senza alcuna definizione del parametro dimensionale rilevante, si limita ad ammettere che in queste strutture organizzative, necessariamente più agili e semplificate, i compiti dell'OdV siano presi in carico da un non meglio precisato "organo dirigente". Una disposizione che finisce per creare più problemi di quanti ne risolva, considerata l'ordinaria concentrazione decisionale in capo al vertice nelle realtà organizzative a struttura personale-familiare e la conseguente coincidenza di ruoli tra controllore e controllato che verrebbe a determinarsi, in pressoché tutta l'operatività aziendale, ove le funzioni dell'OdV fossero assunte in cima all'organizzazione³². Successivamente, nella materia della sicurezza sul lavoro, l'art. 30, comma 5-*bis*, d. lgs. 81/2008 ha previsto la redazione da parte della Commissione consultiva permanente di "procedure semplificate" per la adozione e la efficace attuazione dei Modelli di Organizzazione e Gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese, senza fornire, però, anche in tal caso alcuna precisazione sull'elemento dimensionale.

Per quanto concerne, invece, il rapporto tra *cautele preventive* e *specifiche tipologie di rischio-reato*, l'ampliamento caotico dei reati che possono impegnare la

³² Cfr., PULITANO [nota 9], p. 961.

responsabilità dell'ente ha reso ancora più labili le già laconiche indicazioni reperibili nell'ordito della legge. Come notato in dottrina³³, l'inventario delle caratteristiche generali del Modello *ex art. 6* si attagliava perfettamente all'originaria gamma dei cd. reati-presupposto: si rifletta, in particolare, sul requisito concernente l'adeguata gestione delle risorse finanziarie (art. 6, comma 2, lett. c)), decisivo nella prevenzione di illeciti come la corruzione, proiettati verso l'esecuzione di una dazione illecita al soggetto pubblico, e in parte dei reati societari (si pensi alla creazione di riserve liquide occulte).

Quando, però, nella lista delle figure delittuose generatrici della responsabilità dell'ente hanno fatto ingresso ulteriori reati come gli "abusi di mercato" (in cui è fondamentale presidiare efficacemente i processi di elaborazione e revisione delle informazioni rilevanti) o il riciclaggio (dove è cruciale il controllo sulla clientela e sulle operazioni sospette), il canovaccio degli *standard* legali è divenuto palesemente asfittico. Servirebbero, quindi, parametri diversificati per singoli reati-presupposto, o almeno per classi omogenee di reati. Come detto, il legislatore si è sinora impegnato in tal senso solo rispetto ai reati in materia di salute e sicurezza dei lavoratori (art. 30 d.lgs. 81/2008), senza però realizzare un adeguato coordinamento con le disposizioni generali di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. In questo caso, peraltro, una maggiore specificazione era agevolata dal consistente apparato di regole cautelari già dettate dalla normativa di settore per tutte le esigenze enumerate nel comma 1 dell'art. 30.

Non basta. La proliferazione delle fattispecie-presupposto ha anche fatto perdere all'impianto legislativo una fisionomia unitaria. A tipologie di reati (come la corruzione, la truffa ai danni dello Stato, i reati societari, i reati in materia antinfortunistica, la frode in commercio, le contraffazioni, ecc.) che rappresentano la deviazione patologica dell'attività di impresa che si svolge in un contesto lecito di base (c.d. criminalità di impresa), si sono affiancati delitti - come quelli di terrorismo, di criminalità organizzata³⁴, di associazione per delinquere, o di pedopornografia - che si inseriscono, di regola, in uno scenario di attività totalmente o prevalentemente illecita (cd. impresa "criminale"): situazioni queste del tutto distoniche rispetto ad un meccanismo ascrittivo imperniato sulla colpa di organizzazione per mancata adozione di programmi di legalità preventiva³⁵.

3.1.1. Esperienze straniere

In altri ordinamenti il ruolo svolto dall'*bard law* (di fonte legislativa o regolamentare) nella determinazione dei criteri di efficace prevenzione del rischio-reato è ben più penetrante.

Questo è il caso, ad es., delle *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (entrate in vigore nel 1991 e novellate sia nel 2004 che nel 2010), che dettano, in modo assai più articolato del diritto interno, i *seven pillars* per la costruzione di un "*effective ethics and compliance program*" in grado di attenuare la *culpability* dell'ente

³³ Cfr. MUCCIARELLI [nota 12], pp. 1247 ss.

³⁴ Anche l'associazione per delinquere (inclusa nell'art. 24-ter d.lgs. n. 231) pone problemi pressoché insormontabili, per la casistica praticamente illimitata che presenta e quindi l'impossibilità di "immaginare precauzioni volte ad evitare fenomeni associativi in generale": DI GIOVINE [nota 3], p. 93.

³⁵ Cfr. FLICK [nota 10], p. 4033.

e così consentire cospicui sconti di pena in caso di condanna. Invero, anche nel sistema statunitense l'esperienza applicativa, ad un certo punto, ha fatto sorgere l'esigenza di una revisione della disciplina, per raggiungere un maggior grado di certezza in ordine ai requisiti essenziali di un "programma di conformità" e prevedere soluzioni coerenti con l'evoluzione della prassi aziendale. Questa è la ragione essenziale degli emendamenti apportati alle FSGO nel 2004³⁶ e di quelli, più circoscritti, intervenuti nel 2010.

Degno di menzione è anche l'*U.K. Bribery Act* 2010³⁷, e segnatamente il nuovo reato realizzabile dalle "commercial organizations" di "failure to prevent bribery" (s. 7)³⁸. La legge concede agli enti commerciali una *defence*, consistente nella dimostrazione di aver adottato ed attuato "adequate procedures" prima della commissione del reato. Per la determinazione del loro contenuto la fonte primaria non ha fatto affidamento esclusivamente sull'autoregolamentazione aziendale, ma ha demandato al Ministro della Giustizia il compito di redigere un'apposita *Guidance*, la quale è stata pubblicata, in via definitiva, nel marzo del 2011³⁹. Ovviamente, essa abbraccia un campo circoscritto dell'attività preventiva degli enti (il rischio di corruzione, estesa peraltro nel *Bribery Act* al settore privato); inoltre, non si manca di chiarire - sin dall'Introduzione - che non ha valenza prescrittiva, cosicché eventuali deviazioni dalle indicazioni fornite non determinano un'automatica presunzione di carente organizzazione interna. In più la Guida adotta un *principles-based approach*, imperniato su principi di prevenzione flessibili e focalizzati sul risultato⁴⁰, per adattarsi all'estrema molteplicità delle strutture aziendali e delle circostanze in cui le organizzazioni possono trovarsi ad operare⁴¹. Allo stesso tempo, essa ribadisce che l'onere di dimostrare l'implementazione di procedure adeguate è a carico dell'organizzazione (secondo lo *standard* del "balance of probabilities"). Pur con tutti questi limiti, risulta evidente che il coinvolgimento dell'autorità statale nell'individuazione delle cautele dirette a ridurre il rischio di corruzione è ben più significativo nel *Bribery Act* che nell'ordinamento italiano, come dimostra anche l'ampiezza del documento in discorso e la sua ricca esemplificazione casistica.

Un ulteriore esempio viene dalla legge 6/2010 del 20 gennaio 2010 della Repubblica di San Marino, introduttiva della "responsabilità da misfatto della persona giuridica". Nella specie, infatti, è un apposito decreto delegato del 27 maggio 2010 n. 96 ad aver fornito ragguagli essenziali sul ruolo dell'Organismo di Vigilanza (art. 2), i principi generali e criteri del Modello Organizzativo (art. 3), la composizione e le cause di decadenza dei componenti dell'OdV (art. 4), nonché gli obblighi di informazione nei confronti dell'OdV (art. 5).

³⁶ V. il *Report of the Ad Hoc Advisory Group on the Organizational Sentencing Guidelines* del 7 ottobre 2003, in www.ussc.gov.

³⁷ Il termine di entrata in vigore dell'*Act*, inizialmente fissato per il 1 aprile 2011, è stato successivamente differito al 1 luglio 2011.

³⁸ Cfr. WELLS, *Bribery: Corporate Liability under the Draft Bill 2009*, in *CLR*, 2009, pp. 479 ss.

³⁹ U.K. Ministry of Justice, *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010)*, 30 marzo 2011, in www.justice.gov.uk/guidance/bribery.htm.

⁴⁰ La Guida è articolata in 6 principi essenziali: 1) procedure proporzionate al rischio di commissione di fatti di corruzione; 2) impegno del vertice (*top-level commitment*); 3) valutazione del rischio (*risk-assessment*); 4) *due diligence*; 5) comunicazione; 6) monitoraggio e revisione.

⁴¹ U.K. Ministry of Justice, *Guidance*, cit., p. 20.

3.2. Codici di comportamento delle associazioni di categoria (soft law)

Sulla base di quanto precede, è possibile trarre questa prima conclusione: in base alla disciplina dettata dal d.lgs. 231/2001, la configurazione legislativa della colpa di organizzazione imputabile all'ente è affetta da un'elevata - e solo in parte inevitabile - indeterminatezza.

D'altra parte, della scarsità di direttive fornite ai destinatari del decreto era consapevole lo stesso legislatore, se ha avvertito la necessità di coniare un inedito strumento giuridico, a pieno titolo collocabile nella cd. *soft law*⁴²: i *codici comportamentali* elaborati dalle associazioni di categoria (di seguito anche "Linee Guida"). In particolare, ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.lgs. 231/2001, i Modelli di Organizzazione e di Gestione "possono" (quindi trattasi di mera facoltà e non di obbligo) "essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti" e sottoposti al vaglio preventivo del Ministero della Giustizia che, "di concerto con i Ministeri competenti", può o meno giudicarli idonei al raggiungimento degli obiettivi di legge, in particolare formulando "entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati"⁴³.

Le Linee Guida di categoria costituiscono una forma di *autoregolamentazione privata rinforzata*, in quanto pur non arrivando alla imperatività dell'*hard law* (non sono vincolanti né per gli enti appartenenti alle associazioni che le abbiano licenziate né per il giudice), non sono neppure prive di qualsiasi rilievo giuridico. Esse superano, così, la portata puramente "volontaristica" dei tradizionali codici di *corporate governance* (si pensi al Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana). Certo, la legge non ha specificato gli effetti del *placet* ministeriale (esplicito o tacito) o delle eventuali proposte emendative formulate dall'autorità governativa; quindi non ha neppure lumeggiato i vantaggi che l'ente può ottenere ispirandosi nella costruzione del proprio Modello Organizzativo alle indicazioni fornite dalle associazioni categoriali⁴⁴. Nondimeno, è implicito qualche beneficio almeno sul piano processuale-probatorio, nel senso che la conformità del Modello alle Linee Guida può essere ritenuta un "indizio qualificato" della diligenza organizzativa richiesta nella situazione concreta. Cosicché, ogni valutazione giudiziale in contrasto con i criteri orientativi formulati dalle Linee Guida e "approvati" dal Ministero dovrà, quanto meno, essere adeguatamente supportata e motivata dal giudice, facendo riferimento alle specificità del caso concreto⁴⁵.

⁴² Su questo concetto v., per tutti, LA SPINA - MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, spec. 86 ss.

⁴³ Il procedimento amministrativo di valutazione dei codici è stato poi disciplinato dagli artt. 5 e ss. del d.m. 26 giugno 2003, n. 201.

⁴⁴ Sottolinea questo aspetto, IANNINI, *Modelli di organizzazione aziendale ex d.lgs. 231/2001: utilità di una modifica normativa*, relazione svolta al convegno svoltosi a Milano il 25 marzo 2010, dal titolo *Il Modello 231 Idoneo ed Efficace*, p. 6. Sul fatto che l'osservanza dei codici approvati o non censurati dal Ministero non garantisca automaticamente l'esclusione della responsabilità dell'ente, anche perché "il modello dovrà pur sempre esser raccordato con le esigenze specifiche dell'ente", v. FIORELLA [nota 3], pp. 5104 ss.

⁴⁵ In varie decisioni giudiziali, comunque, l'organo giudicante ha mostrato di dare la giusta considerazione alle Linee Guida: es. G.I.P. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003, cit. (per giunta, in un momento storico in cui quelle confindustriali non avevano ancora ottenuto il *placet* ministeriale); G.I.P. Trib. Milano, 17 novembre 2009 [nota 11], prima sentenza di assoluzione di un ente per il riconoscimento dell'esimente di cui all'art. 6. Nei confronti della stessa società v., però, la pronuncia cautelare, questa volta con giudizio di idoneità del Modello, emessa, in un caso di asserita truffa alla p.a., dal G.I.P. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in www.rivista231.it. Per una disamina critica degli orientamenti giurisprudenziali sia consentito il rinvio a MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (prima parte)*, in questa *Rivista*, 4-2009, pp. 116-124.

D'altro canto, la distanza che inevitabilmente separa codici comportamentali di natura "generalistica" (e in molti punti alquanto generici) e l'"abito" da cucire sulla singola realtà aziendale, fa sì che la semplice conformità ai primi sia ben lontana dall'assicurare il buon esito della valutazione giudiziale *a posteriori* sull'idoneità del Modello. Anzi, la semplice iterazione nel documento aziendale dei contenuti delle Linee Guida sarebbe il più sicuro viatico per un giudizio sfavorevole, basato proprio sull'inaccettabile genericità del Modello.

Ciò premesso, volendo ora trarre un primo bilancio storico dei codici di comportamento finora redatti dalle associazioni di categoria (*in primis* Confindustria e Abi, ma anche Ance, Ania, Confcommercio, Asstra, Assosim, ecc.), può convenirsi che essi hanno svolto un fondamentale ruolo propulsivo nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore del d.lgs. 231, procurando agli interpreti e alle imprese un punto di riferimento essenziale, quando le idee sul da farsi erano poche e per giunta incerte. Il loro principale merito, pertanto, è l'aver contribuito in modo determinante alla diffusione della cultura e dei principi essenziali del controllo interno aziendale, attraverso l'enunciazione dei canoni fondamentali di una corretta attività preventiva, ormai entrati a far parte del comune bagaglio conoscitivo delle società e dei pratici della *compliance* aziendale.

Può pensarsi soprattutto a cautele, prevalentemente "procedimentali" e di "controllo"⁴⁶, come:

- l'elaborazione di un codice etico o di comportamento in relazione ai reati considerati, oggetto di specifica informativa e formazione per tutti i collaboratori dell'ente, al fine di instaurare un ambiente interno favorevole al controllo;
- la predisposizione di un sistema organizzativo sufficientemente trasparente e formalizzato, per quanto concerne l'attribuzione di responsabilità e le linee di dipendenza gerarchica;
- l'uso accurato di deleghe e procure e il conferimento di poteri autorizzativi e di firma congruenti con le responsabilità organizzative e gestionali definite;
- la separazione delle funzioni tra chi autorizza un'operazione, chi la contabilizza, chi la esegue operativamente e chi la controlla (cd. segregazione delle funzioni);
- l'abbinamento di firme ove opportuno;
- la tracciabilità e la documentazione dei processi decisionali;
- la verifica delle operazioni "sensibili" e del sistema nel suo complesso;
- l'esigenza di una rappresentazione formale del Modello, ecc.

Si può pensare, altresì, alla metodologia del *risk assessment* per la diagnosi dei rischi di commissione dei reati-presupposto nelle aree aziendali "sensibili".

Già più arduo, però, si è rivelato - per restare alla cd. "parte generale" del Modello - il compito di ovviare all'indeterminatezza della legge in ordine agli svariati aspetti problematici dell'organismo preposto - ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. *b*) - a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli e a curare il loro aggiornamento: nomina, composizione, poteri, garanzie di indipendenza e autonomia, flussi informativi, rapporti con altri organi di controllo, ecc.

⁴⁶ Utilizzo qui la terminologia di PIERGALLINI [nota 5], pp. 188 ss., che distingue tra cautele 'procedimentali' (che disciplinano "in maniera altamente formalizzata, il modo attraverso il quale la decisione deve essere adottata"), cautele 'sostanziali' (concernenti "il contenuto della decisione a rischio-reato" e quindi "in diretta correlazione funzionale con lo specifico tipo di rischio"), e cautele che rispondono ad istanze di controllo, di primo e secondo livello.

Dove, tuttavia, il vuoto di contenuti della disciplina legale è rimasto sostanzialmente invariato è rispetto agli specifici principi di comportamento e ai criteri di elaborazione dei protocolli di gestione dei singoli rischi-reato e quindi delle regole propriamente cautelari.

Certo, stante la miriade di realtà organizzative presenti nel tessuto economico-imprenditoriale, che spaziano dalla micro-impresa alle multinazionali operanti in tutto il mondo, nessuno poteva ragionevolmente pretendere dalle associazioni di categoria indicazioni minuziose, già rispetto alla cd. “parte generale” del Modello e *a fortiori* sui protocolli di prevenzione dei singoli reati-presupposto. Lo stesso appellativo (“Linee Guida”) spesso utilizzato per denominare i documenti in discorso, punta a sgombrare il campo da ogni equivoco, chiarendo che non si tratta di modelli analitici e calibrati sulla singola realtà aziendale (esigenza che dovrà soddisfare - individualmente - ciascun ente), ma di piattaforme contenenti i principi progettuali di base ed istruzioni con funzione orientativa.

Sennonché, il timore di ingessare eccessivamente l'attività e le autonome scelte organizzative delle singole imprese, ha indotto le associazioni di categoria ad improntare il proprio ruolo ad un marcato *self-restraint*. Di conseguenza, le indicazioni fornite in ordine alle possibili misure di contrasto dei diversi reati-presupposto, salvo qualche eccezione (es. abusi di mercato), si avvicinano più ad un compendio di informazioni ad ampio raggio, estremamente sommarie, che ad un prontuario di possibili soluzioni e regole tecnico-operative specifiche (benché adattabili ai connotati della singola impresa) e diversificate in relazione ai settori produttivi maggiormente “sensibili” (industria mineraria/estrattiva, farmaceutica, delle costruzioni, dei trasporti, delle telecomunicazioni, ecc).

3.3. Best practice

Di questa sostanziale carenza contenutistica sugli specifici protocolli di gestione del rischio-reato e dell'alea che tuttora ammantava anche elementi cruciali della architettura generale del Modello (es. composizione e struttura dell'OdV), hanno dovuto farsi carico in definitiva le singole imprese. Esse, così, sono state chiamate ad auto-normare - “in una sorta di *circolo maieutico (auto-maieutico)*”⁴⁷ - le regole cautelari volte a sradicare o a ridurre al minimo il rischio di commissione dei reati collegabili all'operatività dell'ente.

Invero, a dieci anni ormai dall'entrata in vigore del decreto 231, ad agevolare l'enucleazione da parte delle singole imprese delle più efficaci misure di contenimento di specifiche cornici di rischio-reato potrebbe, in teoria, essere l'emersione della cd. *best practice* a livello nazionale (ma anche internazionale, ove pertinente), la quale, rimanda a regole prasseologiche, non scritte ma diffuse nella realtà socio-economica⁴⁸.

⁴⁷ Così, riferendosi all'intero programma di autodisciplina, PALIERO-PIERGALLINI [nota 6], p. 173.

⁴⁸ Cfr., al riguardo, GIUNTA, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo*, reperibile sul sito www.lex.unict.it, p. 8, secondo cui la strada da percorrere per colmare la carente specificazione delle regole cautelari in materia di prevenzione del rischio-reato, sarebbe proprio “quella di estendere alla responsabilità da reato gli sforzi compiuti nel campo della colpa generica, allo scopo di ricostruire un concetto di negligenza compatibile con il principio di determinatezza”.

Le più valide tecniche di prevenzione dei reati potrebbero essere ricavate, anzitutto, attraverso un *metodo induttivo*, dal basso, selezionando le migliori prassi organizzativo-gestionali seguite dalle imprese nel conformarsi alle esigenze del d.lgs. 231/2001⁴⁹.

Per un migliore inquadramento sistematico dei dati ricavabili attraverso l'osservazione empirica, potrebbe inoltre rivelarsi utile l'analisi, in *chiave deduttiva*:

- dei principi e delle regole di corretta organizzazione preventiva dettate da legislazioni straniere che abbiano adottato un modello di responsabilità dell'ente assimilabile a quello italiano, in quanto imperniato sui cd. *compliance programs*: FSGO statunitensi, U.K. *Bribery Act* 2010, legge sulla responsabilità degli enti da misfatto della Repubblica di San Marino, legge cilena sulla responsabilità penale delle persone giuridiche⁵⁰, ecc.);
- atti normativi, Linee Guida e raccolte di *best practice*, redatti per specifici reati (es. corruzione) da organismi internazionali (es. Ocse, Onu) o associazioni non governative particolarmente qualificate (es. *Transparency International*);
- *standard* e modelli accreditati a livello internazionale o nazionale (es. *Coso Report*; ECIIA, IIA e AiiA⁵¹ *Papers*; modello COBIT per l'*Information and Communication Technology*⁵²);
- norme di comportamento redatte da ordini professionali⁵³;
- nonché la stessa giurisprudenza nazionale in materia (benché, come abbiamo visto, i problemi nascono proprio dalla scarsa omogeneità e prevedibilità delle decisioni giudiziali).

La *best practice* potrebbe rappresentare, così, il terzo e più pregnante momento di determinazione del precetto cautelare rilevante in sede di accertamento della colpa organizzativa, assicurando regole maggiormente analitiche e diversificate per singoli settori produttivi e tipologie dimensionali.

Attualmente, però, sulla reale possibilità di selezionare *leges artis* accreditate e fruibili non solo dagli operatori aziendali, ma anche dagli organi giudicanti, è legittimo nutrire forti dubbi. Anzi, non è agevole neppure risalire alle pratiche più comuni (*common practice*) in tema di profilassi del rischio di commissione dei reati: mancano studi empirici sufficientemente approfonditi e rappresentativi (anche per la nota riluttanza delle imprese a divulgare i propri protocolli di gestione del rischio-reato). Inoltre, l'elaborazione di cautele volte alla prevenzione di reati dolosi rappresenta, in molti casi, una frontiera che ha iniziato ad essere esplorata in modo sistematico solo con l'entrata in vigore del d.lgs. 231.

E', quindi, difficile parlare di prassi consolidate nei vari settori imprenditoriali di riferimento, condivise e supportate dall'esperienza della pratica quotidiana; o, comunque, permane un serio *deficit* di conoscibilità delle cautele (e specialmente di

⁴⁹ V., sul punto, l'esortazione ad adottare un metodo di tipo induttivo in vista di una vera e propria "positivizzazione di protocolli cautelari imperniati sulle *best practices*", rivolta alle associazioni di categoria da PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lgs. 231/2001)*, relazione tenuta all'incontro promosso dal CSM e reperibile sul sito appinter.csm.it, p. 48.

⁵⁰ *Infra*, su questa legge, il § 6.3.

⁵¹ Acronimi, rispettivamente, di *European Confederation of Institutes of Internal Auditing*, *The Institute of Internal Auditors* e *Associazione italiana Internal Auditors*.

⁵² Modello elaborato nel 1992 dall'*Information Systems Audit and Control Association* e dal *IT Governance Institute*, con l'obiettivo di verificare se è presente in un ente un efficace governo della funzione IT.

⁵³ Es. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale*, 15 dicembre 2010, spec. § Norma 5.5. (Rapporti con l'organismo di vigilanza).

quelle “sostanziali”) rilevanti in tema di profilassi del rischio di commissione dei reati. Il continuo ampliamento della rosa dei reati-presupposto ha, come già accennato, ulteriormente complicato il consolidarsi di indirizzi solidi ed affidabili.

Peraltro, le tinte fosche prevalgono anche rispetto a taluni requisiti fondamentali dell'organizzazione *generale* dell'attività preventiva. E' impossibile elencare in questa sede tutti i punti problematici. Ci limiteremo a rammentare quelli relativi all'OdV, figura ignota (almeno sul piano normativo astratto) a quasi tutti gli altri ordinamenti, ma al quale, nel nostro sistema, è istituzionalmente affidata la fondamentale attività di controllo sull'effettiva attuazione del Modello. Come descritto efficacemente da un insigne studioso “questa materia è rimasta tra i punti più oscuri della nuova disciplina [...]”. Prevedibile allora che, sulle sabbie alquanto mobili del quadro normativo vigente, finisse per formarsi una congerie variamente argomentata e spesso contraddittoria di «ricette» alchemiche di diversa provenienza, con un non trascurabile effetto di disorientamento tra gli operatori che ha esatto certo il suo prezzo al mondo delle imprese, in termini sia umani e sociali, sia anche semplicemente finanziari⁵⁴. Si consideri, ad es., la questione della *composizione* dell'OdV. Mentre si registra, oggi, una sostanziale concordia sull'opportunità di una struttura collegiale e mista (ove compatibile con le risorse e, soprattutto, le dimensioni aziendali)⁵⁵, si disputa ancora sulla possibilità che vi entrino a far parte amministratori cd. indipendenti⁵⁶ o sindaci⁵⁷. Parimenti dibattuta resta l'esigenza di costituire un organismo *ad hoc*⁵⁸, in alternativa all'identificazione con organi (collegio sindacale nel sistema tradizionale⁵⁹, consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico, comitato di controllo interno al c.d.a. nel sistema monistico), comitati (*Audit Committee*⁶⁰) o funzioni (*internal auditing*⁶¹) di controllo, preesistenti nella società.

⁵⁴ FORTI, *Esperienze di avvio degli organismi di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001*, a cura del Centro Studi “Federico Stella”, Quaderno n. 244, p. 9.

⁵⁵ Sulla necessità di un organismo *ad hoc* avente forma collegiale nelle società medio-grandi, v. G.I.P. Trib. Roma, ord. 4 aprile 2003 [nota 45].

⁵⁶ Una posizione sostanzialmente contraria è espressa al riguardo da PISANI N., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista* 1-2008, p. 160, secondo cui la presenza di un membro del c.d.a. nell'OdV può integrare un *vulnus* alla sua autonomia ed indipendenza. *Contra*, SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 95, nonché, esprimendo la posizione dell'Abi sul punto, MANCINI, *Riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza*, in questa *Rivista*, 2-2009, p. 48, secondo cui tale presenza, anziché limitare l'indipendenza dell'OdV, “ne accresce la forza, l'autorevolezza, la capacità di conoscere ed accedere, senza ostacoli, alle attività della società”. In senso conf., ancora di recente, v. ABI, parere 19 aprile 2011, n. 1250.

⁵⁷ Non esclude la possibilità che un membro del collegio sindacale entri a far parte di un OdV a composizione collegiale, una recente circolare ABI del 29 novembre 2010, n. 30. Nello stesso senso anche la risposta del CNDCEC, prot. 1575 del 16 febbraio 2009 (PO 08/2009 Treviso). *Contra*, ad es., PIERGALLINI, *Spunti in tema di responsabilità degli enti*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2010, p. 118, nt. 7, per i conflitti di interesse che potrebbero innescarsi.

⁵⁸ Così, ad es., RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. n. 6, p. 89.

⁵⁹ In senso contrario ABI, circ. 29 novembre 2010, n. 30, cit. A favore di questa soluzione, *de iure condendo*, ASSONIME, *Alcune proposte in materia di controlli societari*, Note e studi n. 6/2011, p. 7.

⁶⁰ Per questa possibilità v. ABI, *Linee Guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, febbraio 2004, p. 22, secondo cui nulla impedisce l'attribuzione della funzione di controllo dell'OdV ad un organismo composto da soli amministratori non esecutivi o indipendenti, secondo il modello, già adottato dalle banche quotate, del Comitato di *Audit*.

⁶¹ In senso contrario all'identificazione dell'OdV con la struttura di *internal auditing*, in quanto priva dei necessari requisiti di indipendenza, v. BERNASCONI A. [nota 22], p. 81. Riteneva praticabile questa opzione, sia pur non sminuendo l'utilità di un organismo *ad hoc* composto da professionisti sia interni che esterni all'ente: CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d. lgs. 231/2001*, vers. 2008, p. 41 ss.; ABI, circ. 29 novembre 2010, n. 30, cit.

In realtà, ad acuire le incertezze sulla natura e la composizione dell'OdV è stato anche lo scarso coordinamento normativo tra la disciplina della responsabilità da reato degli enti, le regole di governo societario dettate in seno al diritto societario e finanziario, le determinazioni delle autorità regolatorie in settori vigilati, taluni impegni assunti dall'Italia in sede sovranazionale e internazionale, cui si è aggiunta, infine, l'attrazione esercitata sulle nostre maggiori società da alcuni modelli stranieri di *governance* societaria. Conseguentemente, una delle distorsioni oggi maggiormente avvertite concerne proprio la proliferazione di presidi di controllo endosocietario e il conseguente rischio di sovrapposizioni, appesantimenti e inefficienze. In effetti, il sistema dei controlli interni si presenta, nelle realtà societarie più complesse, come una costellazione frammentata di figure e strutture che può includere, oltre agli organi tradizionali di controllo (collegio sindacale), l'OdV ex d.lgs. 231/2001, l'*Audit Committee*, la funzione di *internal auditing*, il preposto al controllo interno, la funzione di *compliance* (normativamente imposta nelle banche⁶², negli intermediari finanziari e nelle assicurazioni, ecc.) e il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili. Insomma, il pericolo è che il "sistema dei controlli" degeneri in una vera e propria "babele dei controlli interni"⁶³, spesso poco efficace benché assai dispendiosa. Pertanto, attualmente monta dalle società una fortissima richiesta di riordino normativo dell'attività di controllo e di razionalizzazione degli organi o soggetti funzionalmente deputati ad essa, eliminando ogni sterile ridondanza. Di particolare interesse, sotto questo profilo, è un recente documento di Assonime, che in ottica di radicale semplificazione, ha proposto la soppressione dell'organismo in discorso, e l'affidamento dei compiti di vigilanza sul Modello 231 all'organo dell'ente "cui è già affidata la vigilanza sugli assetti organizzativi dell'impresa e sul rispetto della legge"⁶⁴.

4. La persistente diffusa incertezza sui requisiti di idoneità preventiva del Modello 231

Se questo è l'affresco concernente la regolamentazione e la prassi dei Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001, sono intuibili i risvolti negativi di precetti cautelari poco chiari e di regole del tutto generiche, sul piano sia dell'orientamento delle imprese che dell'accertamento della colpa (dell'organizzazione).

In generale, che il rapporto di questa categoria penalistica (la colpa) con il principio fondamentale di legalità, *sub specie* di determinatezza, riserva di legge e irretroattività, sia tutt'altro che semplice, è ampiamente noto⁶⁵. Ed è altrettanto risaputo che un addebito colposo, in assenza di dettami cautelari positivizzati, non può che basarsi sulla ricognizione delle regole esperienziali di diligenza vigenti nei vari

⁶² Secondo BANCA D'ITALIA [nota 29], p. 4, tale funzione ha il compito di verificare che "le procedure interne siano coerenti con l'obiettivo di prevenire la violazione di norme di etero regolamentazione (leggi e regolamenti) e autoregolamentazione (codici di condotta, codici etici)".

⁶³ Cfr. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, pp. 65 ss. Sulla questione v. anche MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 643 ss.

⁶⁴ ASSONIME [nota 59], p. 7, 46.

⁶⁵ V., per tutti, GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 86 ss.; CASTRONUOVO [nota 23], spec. pp. 162 ss. e 279 ss.

contesti sociali di riferimento, le quali “rappresentano la «*crystallizzazione*» di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo”⁶⁶.

Per i motivi appena illustrati, però, nello specifico settore della colpa organizzativa mancano regole precauzionali consolidate e comunemente ritenute efficaci, o comunque esse non sono agevolmente individuabili dalla platea dei potenziali fruitori.

Risulta, così, confermato che i giudizi di prevedibilità ed evitabilità ai fini dell'eliminazione o minimizzazione del rischio-reato restano affidati, in massima parte, all'attività di *self-regulation* dello stesso destinatario della norma da rispettare (l'ente), che assume, in questo caso, il duplice ruolo di creatore e destinatario della regola precauzionale.

Resta poi riservata al giudice, in caso di verifica del reato che si sarebbe dovuto evitare, la valutazione sulla bontà e l'efficace attuazione delle soluzioni organizzative adottate dal singolo ente, per giunta tenuto, nel caso di responsabilità di un soggetto apicale, a fornire la prova liberatoria di cui all'art. 6, comma 1.

In definitiva, se manca in misura significativa la riconoscibilità della regola cautelare concernente lo specifico rischio-reato da contenere, non solo il compito dell'ente diviene particolarmente gravoso, ma risulta seriamente inficiata la stessa predeterminabilità delle decisioni giudiziali, i cui margini di apprezzamento discrezionale sono così ampi da prefigurare una sostanziale “supplenza giudiziaria”.

5. La presunzione di conformità prevista dall'art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008

Prima di passare all'analisi dei progetti di revisione del d.lgs. 231/2001, va evidenziato come il legislatore, in un limitato ma assai rilevante contesto, abbia già iniziato a sperimentare nuove strade, per orientare maggiormente le imprese e contenere l'interpretazione “creatrice” del giudice penale: l'introduzione di regole probatorie in grado di limitarne il libero convincimento.

E' questo il caso dell'art. 30, comma 5, d.lgs. 81/2008 che, nello specifico settore della salute e sicurezza dei lavoratori, stabilisce che “*in sede di prima applicazione, i Modelli di Organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati*” dalla Commissione consultiva permanente.

La previsione chiarisce, sin dall'*incipit*, la sua efficacia circoscritta alla fase di “*prima applicazione*”, benché il limite temporale resti totalmente imprecisato. Il dato più saliente, comunque, risiede nella regola probatoria speciale introdotta dalla norma. Per contenere la discrezionalità giudiziale essa valorizza strumenti di tipo volontario: la norma tecnica internazionale BS OHSAS 18001:2007, suscettibile anche di certificazione da parte di organismi accreditati, e la più generica guida operativa

⁶⁶ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2007, p. 538.

dell'Uni-Inail. L'etero-integrazione del precetto cautelare opera solo a favore dell'ente, giacché la mancata osservanza di tali parametri "esterni" non pregiudica il vaglio di idoneità del Modello. Invece, l'elaborazione del Modello alla stregua dei suddetti documenti determina una presunzione di conformità ai requisiti di cui al comma 1. E' controverso se essa sia assoluta (*iuris et de iure*) ovvero superabile attraverso evidenza contraria⁶⁷ ed, altresì, quali siano i rapporti con i parametri generali di cui al d.lgs. 231. La presunzione, inoltre, opera solo "*per le parti corrispondenti*" ai requisiti di legge e ciò pone ulteriori problemi di carattere interpretativo.

6. Il recente progetto di modifica del d.lgs. 231 elaborato dall'Arel e recepito dal Governo

Il recente "Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231", elaborato dall'Arel⁶⁸ e sposato dal Governo (di seguito anche "*Progetto*"), nonché il disegno di legge di iniziativa parlamentare a firma dell'On. Della Vedova⁶⁹, cercano di affrontare - con impostazioni differenziate - i divisati profili di criticità dell'attuale disciplina avente ad oggetto la causa di esclusione della responsabilità dell'ente fondata sui Modelli di Organizzazione.

I compilatori del *Progetto* Arel sono partiti proprio dalla "convinzione che il meccanismo dei modelli, pur in astratto all'avanguardia nel panorama europeo della responsabilità delle persone giuridiche, per la sua capacità di indurre le società a conformare la propria organizzazione a fini preventivi, non abbia sinora dato i risultati sperati. Da un lato, gli enti, anche, anche a causa degli elevati costi economici e burocratici derivanti dall'elaborazione e successiva implementazione dei modelli, hanno sovente omesso di predisporli o ne hanno predisposti di inadeguati. Dall'altro lato, la fiducia nei modelli organizzativi non è mai cresciuta e ha così generato la convinzione, negli operatori del diritto, che la commissione di un reato all'interno della società o dell'ente dimostri, *ex se*, l'insufficienza del modello pur eventualmente adottato"⁷⁰.

Per rimediare a questa situazione si propone di agire in una triplice direzione:

- la restituzione alla pubblica accusa dell'onere della prova concernente la mancata adozione o inefficace attuazione del Modello, che attualmente ricade sull'ente medesimo nel caso di reati commessi dagli apici;

⁶⁷ Per la prima opinione v., per tutti, IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in questa Rivista, 2-2008, pp. 69 ss.; LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, p. 157; per la seconda v., ad es., PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 835; ROSSI A., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, pp. 432 ss.

⁶⁸ Nell'esposizione ci baseremo sull'ultima versione pubblicata - insieme alla Relazione illustrativa - in Pinza [nota 3], p. 9-16. Al momento, il progetto governativo sembra essersi arenato, non essendo stato ancora presentato alle Camere a dispetto dei ripetuti annunci.

⁶⁹ Camera dei Deputati, *Proposta di legge presentata dall'On. Benedetto Della Vedova*, n. 3640, intitolata "*Proposta di modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000 n. 300»*".

⁷⁰ *Relazione illustrativa*, cit., p. 13.

- l'integrazione della regolamentazione legislativa dei requisiti del Modello;
- e, soprattutto, l'introduzione di un istituto del tutto inedito alla luce dei principi del nostro diritto processuale penale, vale a dire una forma di "attestazione" anticipata del sistema preventivo (nell'originaria versione del *Progetto* denominata "certificazione"⁷¹), in grado, a certe condizioni, di determinare *ex se* l'esclusione della responsabilità dell'ente.

Circa il primo elemento di novità, l'equiparazione tra reati commessi dagli apici e quelli realizzati dai sottoposti all'altrui direzione, in punto di attribuzione all'accusa dell'onere di provare la carente organizzazione preventiva dell'ente (art. 6, comma 1), consentirebbe di superare uno dei profili del d.lgs. 231 maggiormente criticati in dottrina e sospettati anche di illegittimità costituzionale. Certo, qualche insidia si annida anche in questa sacrosanta modifica, giacché il maggior peso probatorio accollato al pubblico ministero potrebbe fomentare indagini ancor più invasive sull'organizzazione e gestione aziendale, per riuscire ad acquisire le fonti di prova necessarie a suffragare le tesi accusatorie⁷². Ma tant'è: essa riporterebbe il criterio "soggettivo" di imputazione della responsabilità all'ente sui più ortodossi binari della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), impedendo che il dubbio sull'adeguatezza del Modello possa ridondare a sfavore dell'ente.

Inoltre, la disciplina risultante dall'ipotizzato *restyling* legislativo sarebbe più coerente con l'idea di una responsabilità autenticamente fondata, anche nel caso di reato commesso dall'apice, sul requisito (positivo) della carente organizzazione interna, determinando il definitivo congedo dalla teoria dell'immedesimazione organica del soggetto di vertice con la *societas* (che nel sistema attuale è addotta a giustificazione dell'inversione dell'*onus probandi*).

Per la restante parte, il comma 1 dell'art. 6 ripete i fattori di disfunzione organizzativo-gestionale enumerati dal testo vigente, salvo che per le variazioni lessicali richieste dal ribaltamento dell'onere probatorio sull'accusa (che ne hanno, quindi, imposto la riformulazione come parametri di adeguatezza organizzativa). Trova così conferma anche l'incerto requisito dell'"*elusione fraudolenta*" del Modello da parte dell'apice (lett. *d*)⁷³, nonché la richiesta di una forma istituzionalizzata di vigilanza mediante la costituzione all'interno dell'ente di un apposito organismo dotato di autonomia ed indipendenza (lett. *b*). Sotto quest'ultimo profilo, il nuovo testo, oltre a rimpiazzare la clausola della "omessa o insufficiente vigilanza" con quella, un po' più sfumata, del non aver "*correttamente esercitato tale vigilanza e cura*", aggiunge l'opportuna sottolineatura che l'OdV dovrà disporre "*di mezzi, anche finanziari, adeguati*". La formalizzazione di tale intuitiva esigenza, già sottolineata dalle Linee Guida di categoria⁷⁴, potrebbe aiutare a contrastare la non infrequente

⁷¹ La versione iniziale è stata pubblicata in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1138.

⁷² Cfr. FLICK [nota 10], p. 4035, che pur valuta positivamente tale innovazione. Le osservazioni dell'A. sono state riprese dall'ASSONIME, in un documento fortemente critico sullo schema governativo di riforma: cfr. NEGRI, *Stop delle società alla nuova 231*, in *Il Sole 24 ore*, 25 febbraio 2011. Per un giudizio positivo dal fronte imprenditoriale v., invece, SANGALLI, in Pinza [nota 3], 77 s.

⁷³ Secondo MUCCIARELLI [nota 12], p. 1249, sarebbe stato opportuno sostituire l'avverbio "fraudolentemente" con una formula del tipo "agendo in violazione dei propri doveri o con abuso dei propri poteri".

⁷⁴ V., per tutte, CONFINDUSTRIA, *Linee Guida* [nota 61], p. 41, secondo cui "nel contesto delle procedure di formazione del *budget* aziendale, l'organo dirigente dovrà approvare una dotazione adeguata di risorse finanziarie, proposta dall'Organismo stesso, della quale l'Organismo potrà disporre per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei compiti (es. consulenze specialistiche, trasferte, ecc.)".

casistica degli organismi di controllo inerti per carenza di funzioni di supporto (*internal auditing*, funzione di *compliance*) o di risorse finanziarie adeguate.

L'amplificazione del contributo dell'*hard law* alla determinazione degli elementi essenziali dell'attività preventiva dell'ente si evince, invece, dalla nuova articolazione del comma 2 dell'art. 6, che enumera ora sette fattori di adeguatezza organizzativa (lettere dalla *a*) alla *g*)⁷⁵, caratterizzandosi così "per il maggior dettaglio imposto agli enti nella redazione del modello di organizzazione e gestione"⁷⁶.

La prima novità riguarda la necessità che l'ente illustri puntualmente nel Modello la sua "effettiva organizzazione", non solo "in rapporto all'estensione dei poteri delegati" ma anche "all'eventuale esistenza di una attività di direzione e coordinamento" (lett. *a*), prima parte). In questo modo, da un lato si punta a risolvere positivamente il dubbio, emerso nella prassi, circa la piena integrazione dell'organizzazione dell'ente nella costruzione del Modello⁷⁷; dall'altro si tributa un primo riconoscimento, in seno alla disciplina della responsabilità degli enti, alla realtà dei gruppi societari. Sotto quest'ultimo profilo, però, il disegno di legge si limita a richiedere l'inserimento nel documento cartaceo delle informazioni relative all'eventuale attività di direzione e coordinamento, mentre non vengono affrontate le criticità applicative concernenti l'imputazione delle responsabilità o il funzionamento dei Modelli nei gruppi di imprese (per es. necessità di un Modello o di un OdV per ogni società del gruppo o possibilità di una gestione centralizzata delle funzioni dell'OdV presso la capogruppo).

Inoltre, per consentire una maggiore intelligibilità del Modello adottato dall'ente e favorire il controllo di congruità da parte del giudice (o dell'attestatore, sulo quale vedi il paragrafo seguente), si richiede, condivisibilmente, che il relativo documento faccia risultare anche "i criteri utilizzati in sede di progettazione e di definizione dei contenuti del modello" (lett. *a*), seconda parte). Tale requisito di trasparenza pare utile anche per ostacolare il fenomeno dei Modelli stereotipati, non ritagliati sulle peculiarità della singola realtà produttiva.

La prescrizione secondo cui l'ente deve "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati, valutando la misura e il tipo di tale rischio in rapporto ai reati per i quali il modello è predisposto" (lett. *b*), riproduce l'esigenza sancita nella lett. *a*) del testo vigente, aggiungendo però un dettaglio, tratto dalla *best practice*, sulle modalità del *risk assessment*, vale a dire che il rischio va valutato sia in rapporto alla tipologia (cd. *corporate risk profile*) che alla sua entità (probabilità di accadimento e impatto potenziale dell'evento).

La lett. *c*) relativa alla previsione di specifici protocolli preventivi, la lett. *d*) sulla necessità di individuare idonee modalità di gestione delle risorse finanziarie e la lett. *g*) riguardante l'approntamento di un idoneo sistema disciplinare, ricalcano il dettato vigente (rispettivamente lett. *b*), *c*) ed *e*)).

Elementi di novità sono ravvisabili nell'innesto preconizzato dalla nuova lett. *e*), che in tema di obblighi informativi verso l'OdV richiede "adeguati flussi informativi ed obblighi di informazione" (senza peraltro indicare i soggetti tenuti a fornire tali informazioni all'OdV), nonché la formalizzazione dei suoi rapporti sia con gli organi

⁷⁵ Attualmente, invece, il comma 2 dell'art. 6 è suddiviso in 5 lettere.

⁷⁶ *Relazione illustrativa*, cit., p. 13.

⁷⁷ Nella *Relazione illustrativa*, cit., p. 14, si evidenzia, infatti, che il testo normativo vigente sembra individuare "l'organizzazione come semplice parametro esterno, e in rapporto ai soli poteri delegati".

dirigenti e di controllo dell'ente, sia “con l'eventuale organo cui partecipano i soci o gli associati dell'ente” (nelle società, l'assemblea).

Apprezzabile è anche la nuova direttiva sulla previsione “di modalità di informazione, da parte dell'organismo di vigilanza [...] sull'adeguatezza del modello e sulla sua efficace attuazione” (lett. g). Si rafforzerebbe, in questo modo, il ruolo centrale dell'OdV, richiedendogli non solo di relazionare periodicamente agli organi di amministrazione e controllo sul proprio operato, ma anche di esprimere puntualmente il proprio avviso circa l'adeguatezza del Modello rispetto all'organizzazione della società e la sua efficace attuazione. Informazioni cruciali anche “per addossare ai suoi membri specifiche responsabilità nel caso di negligente espletamento dell'incarico”⁷⁸.

Infine, nel tentativo di recidere un altro dei nodi gordiani del d.lgs. 231/2001, vale a dire l'adattabilità del Modello organizzativo-gestionale e dell'OdV alle peculiarità degli enti di modeste dimensioni (*supra* § 3.1.), il *Progetto* sembrerebbe aver prefigurato l'affidamento delle funzioni di vigilanza sull'osservanza del Modello, non tanto a soggetti esterni⁷⁹, ma ad “un soggetto interno all'ente dotato di adeguate garanzie di indipendenza”⁸⁰. Un *manager* sprovvisto di compiti operativi ed investito di mere funzioni di monitoraggio potrebbe soddisfare tale esigenza, a costi per giunta contenuti. Non è chiaro, invece, se la norma vieti l'esternalizzazione delle funzioni di vigilanza a entità terze, con sufficiente professionalizzazione e indipendenza. Al contempo il *Progetto* cerca di ancorare a più precisi parametri il concetto di “piccole dimensioni”, ravvisandole nei “soggetti che, per due esercizi consecutivi, non hanno superato due dei limiti indicati dal comma 1 dell'articolo 2435-bis del codice civile” (disposizione codicistica che indica i casi in cui la società è autorizzata a redigere il bilancio in forma abbreviata)⁸¹. Si tratta di modifiche senz'altro condivisibili, anche perché investono un segmento dell'imprenditoria italiana assolutamente preponderante. D'altro canto, le problematiche sollevate dagli enti nei quali l'elemento dimensionale è poco significativo avrebbe forse potuto suggerire scelte più radicali, volte cioè a sottrarle *tout court* dall'orbita applicativa del decreto, o comunque a introdurre temperamenti in grado di evitare che la responsabilità dell'ente si traduca, in concreto, in una duplicazione sanzionatoria a carico dello stesso soggetto (l'amministratore titolare dell'ente)⁸².

6.1. L'“attestazione” del Modello

In realtà, l'innovazione più qualificante del *Progetto* Arel-Alfano non è costituita dalle modifiche all'art. 6, d.lgs. 231/2001, che si limitano ad integrare i parametri di

⁷⁸ MERUZZI, in PINZA [nota 3], p. 59.

⁷⁹ Cfr. Trib. Palermo, sez. ries., 18 ottobre 2007, pubblicata in www.reatisocietari.it, che nel revocare talune misure cautelari interdittive a fronte dell'adozione postuma di un Modello, ha valutato positivamente la nomina di un professionista esterno come membro monocratico dell'OdV dell'ente.

⁸⁰ Ciò restando nel solco tracciato dal legislatore del 2001, secondo cui l'ente deve avvalersi di una struttura “costituita al suo interno (onde evitare facili manovre volte a precostituire una patente di legittimità all'operato della *societas* attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente)”: così la *Relazione al d.lgs. n. 231/2001*, § 3.4.

⁸¹ Si tratta in particolare dei seguenti limiti: “1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4.400.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità”.

⁸² Cfr., sulla questione, PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. Pen. proc.*, 2001, p. 358.

adeguatezza del Modello attualmente fissati, in modo generalissimo, dalla legge. La convinzione sottesa allo schema di revisione è che il contenimento entro margini più ragionevoli dell'apprezzamento discrezionale del giudice non possa essere raggiunto mediante la codificazione delle regole cautelari rilevanti in tema di prevenzione del rischio-reato. Ciò non solo per l'impraticabilità di una rigida predeterminazione in via legislativa dei requisiti di idoneità del Modello, ma anche perché, ad indurre - quasi istintivamente - l'autorità giudiziaria ad inferire dalla commissione dell'illecito l'insufficienza degli sforzi preventivi dell'ente, sarebbe proprio il meccanismo della valutazione del Modello a reato già avvenuto⁸³.

Conseguentemente, la strada per assicurare una più consistente cinta di tutele alle imprese è stata ravvisata nell'introduzione di un congegno atto a permettere all'ente una validazione anticipata del Modello adottato. Si tratta dell'*"attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione"* che l'ente potrebbe ottenere, non in via amministrativa⁸⁴, ma attraverso professionisti abilitati⁸⁵, iscritti in un apposito elenco tenuto dal Ministero della giustizia. Questi soggetti, quindi, sarebbero autorizzati a rilasciare una sorta di "patente" di adeguatezza organizzativo-gestionale; inoltre, nell'ottica del riformatore, attraverso i loro rilievi e le loro indicazioni si realizzerebbe una proficua interazione con l'ente nell'individuazione delle misure cautelari più adatte al caso concreto⁸⁶.

Il primo consistente beneficio che l'ente potrebbe maturare attraverso l'attestazione è esplicitato nel venturo art. 7-bis, comma 1, della disciplina in esame: l'esclusione della responsabilità, *"sempre che"* ricorrano tre condizioni (cumulative):

- che la attestazione sia *"regolare"*;
- *"il modello concretamente attuato corrisponda al modello valutato in sede di attestazione"*;
- *"non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la carenza organizzativa che ha determinato o agevolato la commissione del reato"*⁸⁷.

Nel bilanciamento tra la *regola* dell'efficacia esonerante della attestazione e le sue limitate *eccezioni* si è, così, cercato di venire incontro alle aspettative delle imprese senza, però, scadere in indiscriminate esenzioni da responsabilità.

⁸³ Si v. la considerazione svolta dal Ministro Alfano e pubblicata in Pinza [nota 3], p. 22.

⁸⁴ Va notato che il testo originario del d.lgs. correttivo n. 106/2009 aveva previsto anche la certificazione dei Modelli ex art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 ad opera di apposite "commissioni di certificazione, istituite presso gli enti bilaterali e le università ai sensi dell'articolo 76, comma 1, lettere a) e c) del decreto legislativo 10 ottobre 2003, n. 276" (nuovo comma 5-bis art. 30). Tale previsione è stata soppressa in fase di stesura definitiva, dove, però, è stato inserito il diverso istituto dell'asseverazione da parte dei c.d. "organismi paritetici" della adozione e della efficace attuazione del Modello ex art. 30, di cui "gli organi di vigilanza" istituzionali "possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività" (art. 51, comma 3-bis, t.u.).

⁸⁵ Nella versione originaria del Progetto di revisione il comma 2-bis faceva riferimento a "soggetti pubblici o privati", quali possibili certificatori. Nella versione definitiva è scomparso questo inciso, mentre è stata introdotta la norma che definisce gli attestatori "esercenti funzioni private sotto il controllo della pubblica autorità".

⁸⁶ Cfr. FIORELLA [nota 22], p. 35.

⁸⁷ Nella stesura iniziale il progetto parlava di "lacuna organizzativa causata dal reato per cui si procede", così adottando uno schema condizionalistico nella determinazione del nesso intercorrente tra il *deficit* organizzativo e il reato. La versione definitiva sembra invece attribuire rilievo anche alla mera "causalità agevolatrice" (su questo concetto, ancora controverso, v. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, p. 413 ss., DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 227 ss., e in giurisprudenza Cass., sez. IV, 22 maggio 2007, Di Chiara, rv. 236853) o all'aumento del rischio di verifica del reato.

Ciò non riduce la forte carica innovativa della soluzione prospettata, giacché la “certificazione” determinerebbe una presunzione “quasi-assoluta” (in quanto vincibile solo nei tre casi tassativamente indicati⁸⁸) che l’ente, al momento del reato, stava operando in una sfera di rischio lecito grazie all’adeguata autodisciplina della propria attività. Tale automatismo probatorio, e il conseguente vincolo imposto al giudice, segnerebbe una notevole discontinuità in un sistema processuale penale come il nostro, finora saldamente ancorato al principio del libero convincimento del giudice e all’assenza di prove legali. L’art. 7-*bis*, infatti, è come se disponesse che l’attestazione del Modello (*factum probans*) fa “piena prova”, alle condizioni indicate, della sua adeguatezza preventiva (*factum probandum*).

Va ancora precisato che, ai sensi del comma 2 dell’art. 7-*bis*, l’attestazione potrebbe riguardare anche “*single procedure*”, in perfetta sintonia con il carattere “relativo”, cioè rapportato alla cornice di rischio propria del reato commesso, del giudizio di idoneità del Modello. Anche per tener conto delle esigenze di contenimento dei costi aziendali, si è così ritenuto di concedere alle società la facoltà di limitare l’attestazione alle sole procedure afferenti alle linee di *business* maggiormente a rischio.

Il Progetto prevede, altresì, la possibilità di attestare provvisoriamente le “*procedure in corso*”, nelle more dell’impianto definitivo del Modello; opportunità cui verosimilmente potrebbero essere interessati soprattutto gli enti di nuova costituzione. In quest’ultimo caso, però, l’attestazione sarebbe efficace solo “*per il tempo necessario*” all’adozione del Modello e nei limiti in cui risulti con certezza la volontà dell’ente di prevenire il fatto di reato rilevante (lett. *b*)); condizioni che restano, peraltro, assolutamente indeterminate nella disciplina ipotizzata.

Dall’attestazione del Modello il disegno di legge fa discendere anche un secondo importante vantaggio per l’ente: l’impossibilità, sin dalle indagini preliminari, di applicare misure cautelari interdittive (art. 7-*bis*, comma 3), evidentemente fondata su una tacita presunzione di assenza del *periculum* di reiterazione dell’illecito. L’unica eccezione, in questo caso, è che ricorrano non meglio precisate “*esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*”, che sarà onere dei pubblici ministeri richiedenti dimostrare⁸⁹.

Passando alla figura dei soggetti abilitati al rilascio dell’attestazione, il progetto di riforma prevede un regime *ad hoc*, alla stregua del quale l’individuazione di tali professionisti, nonché delle caratteristiche soggettive, dei requisiti patrimoniali, di indipendenza e di professionalità che devono possedere, viene interamente rimessa ad un regolamento del Ministro della giustizia da emanare, entro 180 giorni dall’entrata in vigore della legge di riforma, ai sensi dell’art. 17, comma 3, legge 400/1988 (nuovocomma 2-*bis* dell’art. 85 d.lgs. 231/2001). Presso il medesimo Ministero dovrà essere istituito anche un elenco (non un vero e proprio albo a numero chiuso) dei soggetti abilitati. Il successivo comma 2-*ter* precisa, quindi, la veste giuridica dei soggetti incaricati dell’attestazione, chiarendo che essi “*esercitano funzioni private sotto il controllo della pubblica autorità*”. Di conseguenza, analogamente all’attività di certificazione contabile, l’esercente funzioni di attestazione non potrà essere ritenuto

⁸⁸ Secondo MERUZZI, in Pinza [nota 3], p. 63, la certificazione determinerebbe “una presunzione rafforzata, ma pur sempre relativa, di idoneità del modello”.

⁸⁹ In senso critico su questa possibilità residua di applicazione delle cautele interdittive, v. MUCCIARELLI [nota 12], p. 1251.

titolare di una qualifica pubblicistica (ad es. ai fini della commissione di reati contro la p.a.).

Lo schema di revisione non ha trascurato il rischio che il ruolo assegnato al *controller* abilitato si risolva - in assenza di puntuali indicazioni legislative ed altresì di una prassi sufficientemente consolidata - in una delega sostanzialmente in bianco, che finirebbe per anticipare in sede di attestazione l'eccessiva discrezionalità valutativa oggi lamentata nei confronti dell'organo giudicante. La soluzione ipotizzata, però, non consiste - direttamente - in una specificazione della fattispecie colposa addebitabile all'ente, quanto nella puntuale procedimentalizzazione dell'attività del verificatore. Peraltro, a tipicizzare i criteri e i passaggi essenziali della verifica da effettuare non sarebbe la legge ma lo stesso Ministero della Giustizia, nella duplice veste di ente di accreditamento e regolatore dell'attività di attestazione. L'emanando regolamento, infatti, dovrebbe provvedere anche alla definizione dei *“criteri generali per la attestazione di idoneità dei modelli, in particolare determinando il loro contenuto, le modalità di rilascio della attestazione e la periodicità del rinnovo, tenendo conto anche dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti”*⁹⁰.

E' chiaro, comunque, che - almeno in via mediata - le prescrizioni regolamentari dirette al verificatore privato potrebbero fornire anche agli enti soggetti al d.lgs. 231/2001 indicazioni preziose sugli accorgimenti idonei a scongiurare la commissione di reati. Ciò si evince soprattutto dal riferimento ai *“contenuti”* (non è del tutto chiaro se riguardanti i *“criteri”* di attestazione o direttamente i *“modelli”*). Certo, ove il progetto di riforma andasse in porto, sarebbe verosimile l'adozione da parte del regolamento ministeriale di un approccio flessibile (similmente alle Linee Guida di categoria). Nondimeno, le regole ministeriali accentuerebbero il processo di *“degiurisdizionalizzazione”*⁹¹, già insito nella possibilità di attestazione del Modello, attraverso uno spostamento del baricentro normativo dalla *soft law* all'*hard law* in punto di tipizzazione dei criteri operativi che sovrintendono alla redazione della modellistica rilevante.

A garanzia dell'attendibilità dell'attestazione, il progetto di revisione prevede, infine, un apposito apparato sanzionatorio, mediante l'introduzione:

1. di una nuova fattispecie delittuosa, *“l'abuso nella attestazione di idoneità”*, punita con la reclusione da sei mesi a tre anni e fortemente connotata sul piano del disvalore con la previsione di una fitta schiera di requisiti: abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni di attestazione e dolo intenzionale di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di arrecare ad altri un danno ingiusto;
2. nonché un illecito amministrativo, di competenza del Ministero della giustizia, contrassegnato, sul piano soggettivo, dalla consapevolezza o dalla colpa grave nel dichiarare, in modo non conforme al vero, la sussistenza dei presupposti di idoneità del Modello, e punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000

⁹⁰ Nella versione definitiva è stato eliminato l'inciso in cui si demandava al regolamento ministeriale anche la determinazione dell'efficacia attribuita alla certificazione, il quale invero risultava del tutto superfluo, posto che gli effetti di questo atto erano già - e necessariamente - specificati nell'art. 7-bis, comma 1.

⁹¹ DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/2011, p. 1141; MUCCIARELLI [nota 12], p. 1249.

a 10.000 euro e con la sanzione amministrativa accessoria della sospensione fino a due anni o, nei casi più gravi, con l'interdizione definitiva⁹².

6.2. Le critiche dottrinali alle prospettive di 'certificazione' del Modello

Il meccanismo ipotizzato dal *Progetto* governativo per assicurare maggiori certezze alle imprese nella valutazione di idoneità dei Modelli ex d.lgs. 231/2001, ha suscitato reazioni discordanti in seno alla dottrina, tra i pratici del diritto e della *compliance* aziendale e nello stesso mondo imprenditoriale.

Sul versante dottrinale, comunque, sono prevalse le reazioni scettiche e, in qualche caso, apertamente contrarie. A prescindere dai dubbi concernenti la compressione del principio della riserva di legge, per l'eccessivo ambito di intervento lasciato al suddetto regolamento ministeriale⁹³, le critiche si sono appuntate proprio sulla funzionalità dello strumento congegnato dal legislatore. Più precisamente, i profili critici evidenziati riguardano:

- la praticabilità di un'attestazione concernente l'idoneità di misure organizzativo-gestionali di prevenzione del rischio-reato;
- l'ammissibilità della sottrazione al giudice penale del sindacato sulla *culpa* dell'ente, in un settore normativo a forte impronta pubblicistica;
- la difficoltà, in ogni caso, di comprimere la verifica giudiziale attraverso una presunzione di adeguatezza del Modello attestato;
- la compatibilità del carattere "istantaneo" del giudizio di attestazione con la necessaria dimensione "diacronica" del Modello e, più in generale, della realtà aziendale (per sua natura in continuo divenire).

La critica più penetrante mette in discussione la praticabilità di una certificazione avente ad oggetto l'*idoneità* di sistemi di gestione del rischio-reato, e quindi di un sistema cautelare complesso e proteiforme come quello racchiuso nei Modelli Organizzativi di cui al d.lgs. 231. Ciò, soprattutto, per l'impossibilità di scindere la valutazione sull'adeguatezza astratta del Modello da quella concernente la sua concreta effettività (che concorre a determinare la reale capacità di realizzare l'obiettivo preventivo) e l'assenza di un chiaro *standard* tecnico di riferimento, analiticamente definito, sui cui fondare la verifica di conformità⁹⁴.

Sotto il secondo profilo, si dubita della ragionevolezza di vincolare il sindacato giudiziale sull'adeguatezza delle regole cautelari predisposte da un soggetto privato (l'ente) alla valutazione preventiva di un altro soggetto privatistico (ancorché sottoposto al controllo dell'autorità pubblica), attraverso una presunzione legale di

⁹² A tal fine, ai sensi del comma 3 dell'art. 2, "l'autorità giudiziaria comunica al Ministero della giustizia le violazioni accertate che non costituiscono reato".

⁹³ Ad avviso di FLICK [nota 10], p. 4038, sarebbe opportuno definire a livello di legge primaria quantomeno i requisiti minimi di professionalità e le condizioni fondamentali per l'esercizio del ruolo di attestazione, così da lasciare alla fonte secondaria un compito di mera specificazione; nella stessa linea v. MUCCIARELLI [nota 12], p. 1253.

⁹⁴ Cfr. BARTOLOMUCCI, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polsemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in questa Rivista, 2/2011, spec. pp. 53 ss., che rileva anche la minore problematicità, ad es., di una certificazione di qualità dove si tratta di attestare la conformità "ad una *best practice* di un processo produttivo o di una procedura commerciale". L'impraticabilità dello strumento nella sfera del d.lgs. n. 231/2001 è stata sostenuta anche da Piergallini nella relazione tenuta al convegno "A dieci anni dal Decreto legislativo n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma", svoltosi a Roma il 14-15 aprile 2011 e organizzato da Sapienza, Aidp e Diligo.

idoneità - come detto - ‘quasi-assoluta’⁹⁵. Ciò anche perché il giudizio dell’attestatore è formulato sul “*modello preventivo*” (art. 7-*bis*, comma 2, lett. b)) - per così dire - “allo stato degli atti” e non su quello “*concretamente attuato*”, e, pertanto, è astratto e svincolato dal reato concreto, dalle sue reali dinamiche e dall’effettiva organizzazione dell’ente. Diversamente il vaglio *post delictum* dell’organo giudicante confronta il fatto storico contestualizzato con il modello comportamentale realmente implementato dall’ente⁹⁶.

D’altro canto, la “privatizzazione” del giudizio di colpa dell’ente, nella stessa architettura dell’articolato, è soltanto *parziale*.

Innanzitutto, resta riservata all’organo giudicante la verifica fattuale della corrispondenza tra il Modello attestato e quello concretamente attuato, cioè la coerenza tra le effettive prassi aziendali e il documento cartaceo. Si tratta, già nel sistema attuale, del secondo essenziale momento di funzionalità delle regole di legalità preventiva confezionate dall’ente, che il giudice è chiamato a riscontrare⁹⁷. In realtà, l’aver lasciato all’autorità giudiziaria l’accertamento dell’effettiva ed efficace attuazione del Modello è perfettamente coerente con la precisa consistenza normativa dell’attestazione che, vertendo sull’adeguatezza in astratto del Modello, non potrebbe certo estendersi alla sua effettiva attuazione. E’ lo stesso varrebbe per gli altri profili di diligenza organizzativa di cui al comma 1 dell’art. 6 (corretto esercizio delle funzioni di vigilanza e di cura da parte dell’OdV, mancata elusione fraudolenta del Modello da parte del reo in posizione apicale), nonché per la terza condizione espressamente sancita dal comma 1 dell’art. 7-*bis*, che si pone a metà strada tra la mancata attuazione del Modello (significative violazioni delle prescrizioni) e la sua inidoneità sopravvenuta (esistenza di una lacuna organizzativa in diretta connessione con il reato accertato)⁹⁸.

Anche il primo presupposto di efficacia dell’attestazione - la sua “regolarità” - apre ulteriori fessure al sindacato giudiziale sulla colpa organizzativa dell’ente. Sotto questo profilo, infatti, il giudice non dovrebbe verificare solo il possesso della prescritta abilitazione da parte del soggetto che ha effettuato l’attestazione, ma anche il rispetto di tutti i criteri e *step* essenziali del procedimento di “validazione” formalizzati nel regolamento ministeriale.

In definitiva, i residui margini valutativi a disposizione dell’organo giudicante nella verifica tanto dell’effettiva ed efficace implementazione del Modello attestato quanto della regolarità dell’attestazione, assottigliano il compendio di garanzie che essa sarebbe in grado di offrire alle imprese in caso di contestazione di un illecito⁹⁹.

Di più. Oggi non v’è chi possa dubitare dell’imprescindibile dinamicità di un Modello efficace: esso non può essere inteso come una pellicola protettiva apposta sull’organizzazione dell’ente una volta per tutte, o, peggio, come un supporto puramente cartaceo. Il Modello è espressione *dinamica* del concreto e quotidiano

⁹⁵ Similmente, FLICK [nota 10], p. 4036.

⁹⁶ FLICK [nota 10], p. 4036.

⁹⁷ Cfr. DE VERO [nota 91], p. 1140.

⁹⁸ Peraltro, tale limite all’efficacia “immunizzante” dell’attestazione non si armonizza perfettamente con il precedente, che sembra attribuire valore ostativo alla semplice deviazione dal Modello attestato, a prescindere dalla sua gravità e dal rapporto causale con il reato. Cfr. sul punto SANTA MARIA - VIZZARDI, *Il progetto di riforma alla “231”: che cosa cambia, che cosa manca*, in www.penalecontemporaneo.it, 2010.

⁹⁹ Così, tra gli altri, DE VERO [nota 91], p. 1140; MUCCIARELLI [nota 12], p. 1251.

modo di organizzarsi ed operare dell'ente nell'ottica del rispetto della legalità¹⁰⁰. Lo si evince anche dalla normativa vigente quando annovera tra le condizioni essenziali per l'ottenimento dell'esimente l'attuazione del Modello, la sua verifica periodica ed eventuale modifica ove siano scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività (art. 7, comma 4, lett. *a*). Sennonché, la necessità di aggiornare prontamente gli *standard* di diligenza organizzativa nelle non infrequenti occasioni in cui intervengano modifiche strutturali o strategico-operative, o emergano incoerenze o segnali di insufficienza preventiva, o più semplicemente siano introdotti nuovi reati-presupposto nel catalogo legislativo, procederebbe di pari passo con la necessità di rinnovare l'attestazione. Diversamente, infatti, si incorrerebbe proprio in una delle eccezioni all'efficacia esclusiva della responsabilità: la discrepanza tra Modello attestato e quello concretamente attuato. Lo stesso progetto di riforma, del resto, prevede il periodico rinnovo dell'attestazione, demandando al regolamento ministeriale la determinazione della sua periodicità. Si profilerebbero, perciò, altrettanti esborsi a carico delle imprese propense ad usufruire dell'attestazione, e per certi aspetti una più accentuata burocratizzazione delle cautele facenti parte del Modello¹⁰¹.

Diffuse perplessità ha suscitato anche l'ultimo asse portante della nuova costruzione normativa, vale a dire le previsioni sanzionatorie - penali ed amministrative - applicabili ai soggetti abilitati all'attestazione dei Modelli. Al di là dei casi di patente inattendibilità dell'attestazione, è stata contestata soprattutto la possibilità di predicare in termini di falsità/verità valutazioni di tipo prognostico come quelle concernenti l'idoneità preventiva dei Modelli¹⁰², le quali, sfuggendo a parametri oggettivi cui si attagli il suddetto binomio, possono essere riguardate, piuttosto, in termini di correttezza-verosimiglianza/non correttezza-inattendibilità.

6.3. La certificazione del modello preventivo nella recente legge cilena sulla responsabilità penale delle persone giuridiche

Il meccanismo della certificazione preventiva dei Modelli, che in Italia ha sinora suscitato più riserve che convinte adesioni, ha trovato già un primo, sorprendente, riscontro normativo nella legge n. 20.393 del 2 dicembre del 2009 che ha introdotto in Cile la responsabilità penale delle persone giuridiche per alcuni reati (corruzione di pubblici ufficiali domestici e stranieri, riciclaggio e finanziamento del terrorismo).

Come molti altri Stati latinoamericani, la tradizione penale del Cile è da sempre influenzata dalle esperienze giuridiche di Paesi occidentali come la Spagna, la Germania e l'Italia. Inoltre, dal 7 maggio 2010 esso è il primo Stato sudamericano ad aver aderito all'Ocse, e tra le riforme intraprese in vista dell'ingresso in tale organizzazione internazionale rientra proprio l'introduzione della responsabilità

¹⁰⁰ Sulla efficacia, specificità e dinamicità, quali requisiti strutturali del Modello suscettibile di un vaglio positivo in sede giudiziale, v. Trib. Milano, ord. 28 ottobre 2004, Siemens AG, in *Foro it.*, 2005, II, p. 269.

¹⁰¹ Cfr., ancora, FLICK [nota 10], p. 4037. Sul rischio di "ulteriore burocratizzazione" v. anche PIERGALLINI [nota 57], p. 124.

¹⁰² MUCCIARELLI [nota 12], p. 1248; FLICK [nota 10], p. 4039.

penale delle persone giuridiche, che ha così interrotto una secolare adesione al principio *societas delinquere non potest*¹⁰³.

Ciò aiuta a spiegare la modernità della legge cilena, che mutuando palesemente il suo impianto essenziale dal nostro d.lgs. 231/2001¹⁰⁴, ha per giunta anticipato gli auspici del legislatore italiano in merito all'introduzione dello strumento della certificazione del Modello. L'art. 3, n. 4, lett. a), concede infatti alle persone giuridiche la possibilità di "ottenere la certificazione dell'adozione e implementazione del loro modello di prevenzione dei reati", da parte di enti iscritti in un registro speciale tenuto dalla "*Superintendencia de Valores y Seguros*"¹⁰⁵.

Ovviamente, per poter trarre più utili informazioni dall'esperienza cilena, in particolare sul concreto funzionamento dell'istituto della certificazione preventiva del Modello, occorrerà attendere il banco di prova della prassi.

7. La proposta di legge Della Vedova

Resta da aggiungere qualche considerazione sulla proposta di legge n. 3640 a firma dell'On. Della Vedova¹⁰⁶.

Diversamente dal *Progetto Arel*, essa punta, per mettere al riparo le imprese da rischi interpretativi giurisdizionali, su una maggiore valorizzazione, in chiave probatoria, delle Linee Guida elaborate dalle associazioni rappresentative degli enti, segnatamente stabilendo una presunzione relativa di idoneità del Modello ad esse conforme. Come dire che, in tal caso, spetterebbe all'accusa dimostrare la non corrispondenza del Modello alle esigenze di un'efficace modellistica preventiva. In quest'ottica, oltre a prevedersi - analogamente al *Progetto Arel* - il ripristino dell'ordinaria ripartizione dell'*onus probandi* tra accusa e difesa¹⁰⁷, si prospetta la sostituzione del comma 3 dell'art. 6, d.lgs. 231/2001 con il seguente: "*Fino a prova contraria, si presumono avere efficacia esimente dalla responsabilità amministrativa degli enti i modelli di organizzazione e di gestione definiti conformemente alle indicazioni contenute nelle linee guida ovvero nei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia [...]*".

Al di là degli auspici, neppure tale modifica sembra poter offrire agli enti maggiori certezze di ottenere il riconoscimento dell'esimente in sede giudiziale. In realtà, l'esperienza applicativa dovrebbe aver già dimostrato che l'adeguamento alle indicazioni fornite dai codici di comportamento associativi è solo un primo passo per pervenire alla costruzione di un Modello suscettibile di ricevere un giudizio di

¹⁰³ Principio sancito espressamente, prima della riforma del 2009, nel codice di procedura penale cileno (art. 58).

¹⁰⁴ Dell'influenza diretta esercitata dall'Italia (tramite i suoi uffici ministeriali) su questa riforma v'è traccia anche nella relazione del Ministero - Dipartimento per gli affari di giustizia in relazione all'anno giudiziario 2010, in www.giustizia.it.

¹⁰⁵ La SVS ha emanato il 25 gennaio 2011 le "*normas que deben cumplir las empresas de auditoria externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la ley 20.393*".

¹⁰⁶ Per un commento v. PANSARELLA, *Proposta di legge n. 3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in *questa Rivista*, 1/2011, pp. 163 ss.;

¹⁰⁷ Art. 1, comma 1: "*Il comma 1 dell'art. 6, D.Lgs. 231/2001 è sostituito dal seguente: "1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a) e lettera b), per aversi la responsabilità amministrativa dell'ente la pubblica accusa dovrà dimostrare che [...]"*.

idoneità (ed efficace attuazione) in sede processuale. Esso può soltanto rivelare che l'ente aveva impostato correttamente l'attività di *compliance*, ma non che il Modello concreto era adeguato alla realtà del singolo ente, e tanto meno che esso aveva ricevuto un'efficace attuazione. Invero, la distorta pratica dei modelli-fotocopia dei codici di comportamento, piuttosto diffusa nella prima fase di attuazione del decreto, è già stata a sufficienza screditata dall'elaborazione scientifica e dalla prassi giudiziale perché possano ancora nutrirsi dubbi sul notevole divario che intercorre tra un mero atto di indirizzo e un *corpus* vivente di politiche, *standard* comportamentali, strutture e soprattutto specifiche procedure aziendali.

In realtà, le innovazioni più significative - e in qualche caso anche piuttosto audaci - del progetto Della Vedova si trovano altrove.

Innanzitutto, nell'articolo si staglia la disposizione contenuta in una nuova lett. b-bis), da innestare nel comma 1 dell'art. 6, d.lgs. 231/2001, la cui portata innovativa è per lo più limitata all'ultima tipologia societaria partorita dalla fertile *mens legislatoris*: "l'ente di interesse pubblico" (art. 16, d.lgs. 39/2010). La prima modifica punta a rafforzare, in questa categoria di enti (comprendenti, tra l'altro, banche, assicurazioni, società quotate e a capitale diffuso tra il pubblico), l'autonomia dell'OdV in una duplice direzione: stabilendo un più saldo raccordo - sin dalla fase genetica - con l'assemblea dei soci (cui verrebbe attribuito il potere di nomina, a maggioranza semplice) e sancendo la necessità di una composizione collegiale e mista (già in auge nella prassi operativa aziendale), con almeno un membro esterno in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti dall'art. 2399 c.c. per i sindaci¹⁰⁸. L'altra novità, che amplifica ulteriormente il ruolo dell'assemblea nella definizione delle politiche aziendali concernenti la prevenzione del rischio-reato, è costituita dalla necessità di approvazione del Modello "*con delibera dell'assemblea ai sensi dell'art. 2364, 1° comma, n. 5, c.c. presa a maggioranza semplice*" (nuovo comma 2-bis dell'art. 6). Altre novità riguardano qualsiasi società che abbia istituito un OdV: la pubblicità esterna della sua costituzione, mediante iscrizione a cura degli amministratori entro trenta giorni nel registro delle imprese, nonché, sul piano dei doveri informativi, l'obbligo di "*referire annualmente all'assemblea in merito al suo operato con apposita relazione da presentare in occasione dell'approvazione del bilancio*".

La seconda rilevante innovazione consiste nella radicale soppressione delle misure cautelari interdittive disciplinate agli artt. 45-51, d.lgs. 231/2001 (art. 3). L'evidente obiettivo, in questo caso, è evitare un impatto potenzialmente devastante della disciplina sulla responsabilità degli enti sin dalla fase delle indagini preliminari.

8. Conclusioni

L'esigenza di una profonda razionalizzazione del d.lgs. 231/2001, dopo il primo decennio di vigenza, è ampiamente sentita come improcrastinabile sia tra i giuristi che

¹⁰⁸ In particolare, l'OdV "*i) deve essere nominato dall'assemblea dei soci a maggioranza semplice; ii) deve avere natura collegiale; iii) almeno un membro dell'organismo di vigilanza deve essere scelto tra soggetti esterni all'ente e dotati delle stesse caratteristiche di indipendenza di cui all'art. 2399 c.c.*".

nel mondo imprenditoriale¹⁰⁹. Molti sarebbero i profili degni di attenzione *de iure condendo*: il riordino dei reati-presupposto, la revisione dei criteri di imputazione della responsabilità all'ente in relazione alle fattispecie di reato di natura colposa già inserite nel sistema o di prossima introduzione (reati ambientali), la rivisitazione del sistema sanzionatorio e delle misure cautelari (interdittive e reali), il regime della prescrizione, la precisazione dei criteri di costruzione del Modello e una più ampia razionalizzazione degli organi e delle strutture di controllo interno societario.

I più recenti progetti di revisione, anziché perseguire una rivisitazione ad ampio spettro del decreto 231, si sono concentrati sullo scottante problema della verifica giudiziale dell'idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001, nell'intento di fornire maggiori garanzie alle imprese a fronte dei cospicui investimenti necessari per l'implementazione di efficaci programmi preventivi.

Il *Progetto Arel*, fatto proprio dal Governo, ha avanzato una prospettiva - quella della "attestazione preventiva" del Modello - di per sé rivoluzionaria e, per questo, anche densa di incognite. Al riguardo, il nodo essenziale da sciogliere non è tanto la legittimità del meccanismo prospettato, posto che non paiono in insanabile contrasto con l'assetto costituzionale della funzione giurisdicente tecniche di limitazione del libero convincimento del giudice, attraverso regole specifiche di formazione della prova nel processo penale. Piuttosto, l'interrogativo cruciale, su cui occorre meditare ancora con attenzione, è la praticabilità e funzionalità di una "certificazione" avente ad oggetto l'idoneità di un sistema di gestione del rischio-reato, ad opera di un soggetto privato autorizzato dal Ministero. Perché, se fosse possibile dare, con ragionevole sicurezza, risposta positiva al quesito, non potrebbe certo derubricarsi l'attestazione del Modello a mero costo aggiuntivo, privo di qualsiasi risvolto positivo per le imprese (peraltro non obbligate a ricorrervi). Al di là della specifica declinazione normativa dell'istituto e dell'efficacia esonerante - più o meno ampia - ad esso conferita, non v'è dubbio che l'ottenimento di un attestato preventivo, giuridicamente accreditato, arricchirebbe sensibilmente le *chances* difensive degli enti sottoposti a procedimento penale. Ed infatti: oggi l'ente è chiamato a fornire, nel caso di reato commesso da un apice, la *probatio diabolica* di aver posto in essere ogni presidio adeguato e ragionevole ed, altresì, di essere stato vittima di un comportamento fraudolento; domani potrebbe, almeno in prima battuta, limitarsi ad allegare l'attestazione ottenuta, mentre spetterebbe all'accusa superare la certificazione positiva dimostrando la sua irregolarità, la mancata attuazione del Modello o seri segnali di allarme sopravvenuti. Neppure può escludersi che una serrata verifica di "parte terza" (nella specie l'attestatore abilitato) possa contribuire ad elevare il livello qualitativo medio dei Modelli nel sistema imprenditoriale, spingendo all'adozione di strumenti credibili e contrastando, così, ogni sterile tendenza a tradurre l'istanza di auto-controllo penale sottesa al d.lgs. 231 nell'ennesimo abbellimento "cosmetico", del tutto sganciato dalla reale esperienza operativa dell'ente. Infine, in un orizzonte più ampio di quello sin qui considerato, lo strumento dell'attestazione potrebbe accrescere l'efficacia pure di quelle discipline che condizionano l'esercizio di talune facoltà da

¹⁰⁹ Per alcune proposte di riforma provenienti dalle associazioni imprenditoriali, v., per Confindustria ed Abi, PANUCCI - MANCINI, *Riforma del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Spunti di riflessione e proposte emendative*, in www.rivista231.it; per Confartigianato e Confcommercio gli interventi svolti, rispettivamente, da DEL VECCHIO e PERSIANI al Convegno citato alla nota 94.

parte delle società (es. iscrizione all'elenco S.T.A.R. di Borsa Italiana¹¹⁰, partecipazione a gare pubbliche¹¹¹) anche al possesso di un Modello 231, la cui adozione ed attuazione, però, viene oggi autodichiarata dallo stesso ente collettivo¹¹².

In ogni caso, i densi interrogativi ancora aperti in ordine all'ipotesi dell'asseverazione *ante delictum* del Modello, rendono ancor più pressante l'esigenza di un recupero di incisività dell'*hard law* in materia, onde accrescere il livello di tassatività e certezza complessiva del sistema. Si tratta, al riguardo, di arricchire il telaio legislativo per imbrigliare entro parametri più oggettivi e stringenti la discrezionalità giudiziale e fornire riferimenti più puntuali e collaudati ai redattori dei Modelli. E ciò dovrebbe riguardare non solo i requisiti che definiscono l'orditura di base di qualsiasi Modello Organizzativo (si pensi in particolare alle attuali criticità della funzione dell'OdV: poteri ispettivi e di acquisizione di informazione, flussi informativi, gestione delle notizie anonime/riservate, requisiti di autonomia/indipendenza¹¹³), ma anche i criteri essenziali cui attenersi nella prevenzione interna dei vari reati-presupposto previsti dal decreto¹¹⁴. Per effetto di queste modifiche, gli enti non sarebbero più chiamati all'elaborazione delle regole cautelari quasi si trattasse di un *opus alchemicum*, ma soltanto a concretizzare - sviluppandoli e adattandoli alla propria realtà organizzativa - le finalità, i principi costitutivi e i caratteri essenziali del Modello 231 già fissati, in via generale ed astratta, dalla legge e specificati, ad un più basso livello di astrazione, dalle Linee Guida di categoria. In sostanza, la colpa di organizzazione dovrebbe progressivamente affrancarsi dalla sua attuale indeterminatezza, assumendo sempre di più i connotati della colpa specifica per inosservanza di leggi¹¹⁵ (e di eventuali fonti subordinate, per le previsioni di dettaglio).

Certo, anche questa opera di opportuna precisazione ha i suoi rischi, ricordando la classica quadratura del cerchio: orientare meglio gli enti destinatari senza ingerirsi eccessivamente nelle loro scelte di organizzazione, restringere i margini di apprezzamento discrezionale del giudice senza innescare derive formalistiche nella valutazione d'idoneità del Modello.

Peraltro, l'apporto che una più accurata descrizione normativa dei parametri di adeguatezza del Modello può dare ad una maggiore prevedibilità ed omogeneità delle

¹¹⁰ Cfr. *Regolamento dei Mercati Organizzati e Gestiti da Borsa Italiana S.p.A.*, ult. vers. 8 novembre 2010, art. 2.2.3., comma 3, lett. f.

¹¹¹ Es. art. 54 l. Regione Calabria 21 giugno 2008 n. 15 (imprese che operano in regime di convenzione con la Regione); art. 5 l. Regione Abruzzo 27 maggio 2011 n. 15 (imprese che intendano partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi di valore superiore ad un milione di euro o essere affidatarie di subappalti, nonché i soggetti che operano in regime di convenzione con la Regione); Decreto n. 5808 dell'8 giugno 2010 Regione Lombardia (imprese che intendono accreditarsi per l'erogazione dei servizi di istruzione e formazione professionale e per l'erogazione dei servizi per il lavoro), in cui vengono precisati anche i requisiti minimi che deve possedere il Modello e i termini di adeguamento.

¹¹² Per questa considerazione v. SANTA MARIA-VIZZARDI [nota 98], che sottolineano anche i possibili effetti distortivi sul piano della concorrenza di un sistema che consente alle imprese di attribuirsi liberamente la patente di società dotata di Modello 231.

¹¹³ Es. durata in carica, motivi di sostituzione o revoca, cause di incompatibilità, ecc.

¹¹⁴ Sull'opportunità che il legislatore enuclei i requisiti di adeguatezza del Modello in relazione ai "singoli reati-presupposto via via aggiunti nel catalogo (raggruppandoli magari per categorie tipologiche)", v. MUCCIARELLI [nota 12], p. 1249, 1251 e, similmente, DE VERO [nota 91], p. 1140. Auspica un intervento legislativo ancora più penetrante, PANAGIA, *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 155, 162 s., secondo cui occorrerebbe che "le norme organizzative intese a vanificare i rischi-reato, nell'esercizio dell'impresa collettiva, siano imposte nel dettaglio, per singoli settori di attività, con atti normativi aventi dignità legislativa"; adesivamente CASAROLI, *Sui criteri di imputazione della responsabilità da reato alla persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, pp. 598 ss.

¹¹⁵ Ancora DE VERO [nota 91], p. 1141.

relative valutazioni giudiziali non può e non deve essere sopravvalutato. C'è un margine incompressibile di genericità nelle previsioni di legge (e, ancorché inferiore, nelle stesse fonti ad essa subordinate) che può essere ridotto in modo significativo solo attraverso l'emersione delle *leges artis*, cioè delle più avanzate prassi e conoscenze in tema di *compliance* ex d.lgs. 231/2001. In questa prospettiva, diviene cruciale un rinnovato impegno di tutti gli attori interessati al diffondersi di prassi virtuose: soggetti *pubblici*, tra cui *in primis* il Ministero della Giustizia e le Autorità di vigilanza¹¹⁶, e soggetti *privati*, come le associazioni di categoria¹¹⁷, gli esperti della materia e le stesse imprese destinatarie del decreto, il cui ruolo per la ricognizione dei *benchmark* di riferimento nei singoli settori è imprescindibile. Al di là di ricette taumaturgiche, l'obiettivo da perseguire è il consolidamento, anche attraverso efficaci strumenti di consultazione, coordinamento ed elaborazione, di principi e protocolli *standard* di prevenzione, diversificati per categorie di reato, settori omogenei di attività e livelli di complessità organizzativa, ma - ovviamente - sempre suscettibili di integrazioni di dettaglio e di adeguamento alle singole fattispecie aziendali.

In conclusione, solo un approccio multiagenziale, aperto al sapere interdisciplinare e all'apporto imparziale e proficuo dell'intera comunità dei soggetti interessati, potrà realmente consentire di ridurre entro limiti accettabili l'insostenibile incertezza giuridica che attualmente pervade la materia.

¹¹⁶ Decisivo, ad es., è stato, negli ultimi anni il contributo della Consob nell'elaborazione di specifiche regole tecnico-operative per la prevenzione dei reati di *market abuse*: v. la comunicazione n. DME/5078692 del 29 novembre 2005, recante esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette, nonché quelle n. DME/6027065 e DME/6027054 del 28 marzo 2006, relative, rispettivamente, alla segnalazione delle operazioni sospette e all'informazione al pubblico su eventi e circostanze rilevanti e adempimenti per la prevenzione degli abusi di mercato. Non è un caso, quindi, che i codici delle associazioni di categoria, che hanno in gran parte recepito *in parte qua* le indicazioni fornite dall'Autorità di vigilanza, forniscano le direttive più dettagliate proprio in relazione agli abusi di mercato.

¹¹⁷ Sul ruolo fondamentale che potrebbero svolgere le associazioni di categoria nel "favorire l'elaborazione di paradigmi cautelari che tendano vieppiù a 'standardizzarsi', alla stregua di altrettante regole di colpa specifica, destinate ad operare in ambiti omogenei di rischio", v. PIERGALLINI [nota 5], p. 196.

IL SELF REPORTING NEL BRIBERY ACT DEL SISTEMA BRITANNICO E LA COLLABORAZIONE DELL'ENTE NEL PROCESSO PENALE EX d.lgs. 231/2001

Avv. Ombretta Faggiano, Lead Counsel Governance & Compliance, BG Italia SpA, Milano
Avv. Maurizio Arena, Avvocato in Roma

1. Il Self-reporting nel sistema britannico

L'entrata in vigore a Luglio 2011 del *UK Bribery Act*¹ ("*Bribery Act*"), a seguito della pubblicazione il 30 Marzo 2010 dell'atteso documento "*Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*" (di seguito "Linee Guida")² conferisce nuovo vigore all'interesse nei confronti del sistema britannico della responsabilità penale delle società, sia quale fonte di spunti di miglioramento per la *compliance* con il d.lgs. 231/2001 sia, per le società operanti su base multi giurisdizionale, per le inevitabili sovrapposizioni tra i due sistemi relativamente ai reati di corruzione e concussione.

Pur non entrando in questa sede nel dettaglio dei nuovi contenuti delle Linee Guida adottate all'esito del processo di consultazione concluso lo scorso 8 Novembre 2010, occorre notare come il Governo Britannico abbia preso in considerazione le osservazioni raccolte durante la fase della consultazione e abbia, dunque, integrato e modificato l'originario documento pubblicato nel mese di settembre 2010.

Tra le principali modifiche si segnala l'introduzione di:

- chiarimenti riguardo l'estensione del concetto delle "*associated persons*";
- previsione relativa al fatto che la quotazione sul *London Stock Exchange* oppure l'esistenza di una società controllata costituita in UK non comportano l'automatica sottoposizione al *Bribery Act*;
- chiarimenti in merito all'estensione della responsabilità delle società per atti commessi dai *sub-fornitori*;
- esempi di regalie ed ospitalità a pubblici ufficiali stranieri consentiti secondo le previsioni del *Bribery Act*;

¹ Sul *Bribery Act* si rimanda all'articolo "*La responsabilità delle imprese nel UK Bribery Act: prime riflessioni su strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*" pubblicato sul numero 1-2011 di questa Rivista.

² Per la consultazione del documento vedasi <http://justice.gov.uk/downloads/guidance/making-reviewing-law/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Interessante anche un ulteriore documento contenente indicazioni fornite attraverso la formulazione di quesiti pratici consultabile su <http://justice.gov.uk/downloads/guidance/making-reviewing-law/bribery-act-2010-quick-start-guide.pdf>.

- concetto di proporzionalità alle dimensioni della società ed al rischio concreto, relativamente all'estensione del sistema di controllo interno nei confronti della lotta alla corruzione.

Congiuntamente alla pubblicazione delle Linee Guida e come precedentemente anticipato nel documento pubblicato a settembre 2010³, gli uffici del *Director of the Serious Fraud Office* e del *Director of Public Prosecutions* hanno emesso il documento denominato “*Bribery Act 2010: Joint prosecution guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions*”⁴ (di seguito “*Prosecution Guidance*”).

La *Prosecution Guidance* fornisce indicazioni metodologiche, non esaustive, in merito all'approccio inquisitorio delle magistrature britanniche relativamente ai reati previsti nel *Bribery Act*. Come previsto alla *Section 10* del *Bribery Act*, al fine dell'apertura di un'indagine per i reati ivi rubricati, è obbligatoriamente richiesta l'espressa approvazione personale sia del *Director of Serious Office* che del *Director of Public Prosecutions*, oltre che, per le materie di competenza, del *Director of Revenue and Customs Prosecutions* che procederanno alle relative valutazioni in base alle regole contenute nel *Code for Crown Prosecutors*⁵ effettuando un doppio esame a fasi successive basato sulla verifica dell'esistenza di sufficienti elementi di prova che forniscano una realistica prospettiva di attribuzione di responsabilità e, in caso positivo, della sussistenza dell'interesse pubblico all'indagine. Per i reati commessi dalle persone giuridiche, tali elementi di valutazione dovranno essere integrati con altri criteri contenuti nel documento “*Guidance on Corporate Prosecutions*”⁶ pubblicato dal *Crown Prosecution Service* lo scorso 21 Aprile 2010 nella versione aggiornata.

Uno tra gli aspetti più interessanti del sistema inquisitorio Britannico, di cui si fa, peraltro, espresso richiamo nella *Prosecution Guidance*⁷, è la collaborazione pro-attiva delle società con le agenzie investigative, in particolare per quanto attiene le condotte sanzionate dal *Bribery Act*, con il *Serious Fraud Office* e l'utilizzo dello strumento dell'auto-denuncia.

A tal proposito, il *Serious Fraud Office* (SFO) ha pubblicato un documento denominato “*Approach of the Serious Fraud Office to dealing with overseas corruption*”⁸ (qui di seguito la “Guida”) in cui, in qualità di principale agenzia investigativa per i reati previsti dal *Bribery Act*, fornisce chiara indicazione delle implicazioni vantaggiose di procedere ad un cd. “*self reporting*” per le ipotesi di corruzione di pubblico ufficiale straniero. Tra l'altro, con la pubblicazione della Guida, il SFO si pone il principale obiettivo di contribuire a determinare un cambiamento nella cultura di impresa verso i comportamenti etici e la tolleranza zero alla corruzione. Il SFO dichiara, inoltre, di aver voluto rispondere ad un'esigenza di chiarezza proveniente proprio dalle imprese britanniche in merito all'approccio e alle procedure seguite dal SFO.

³ Vedasi pagina 4 del documento “*Consultation on guidance about commercial organizations preventing bribery (section 9 of the Bribery Act)*” su <http://www.justice.gov.uk/consultations/docs/bribery-act-guidance-consultation1.pdf>.

⁴ Consultabile su <http://www.sfo.gov.uk/press-room/latest-press-releases/press-releases-2011/bribery-act-prosecution-guidance-published.aspx>.

⁵ L'ultima versione del *Code for Crown Prosecutors* è stata pubblicata a Febbraio 2010 ed è consultabile su http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors.

⁶ Consultabile su <http://www.sfo.gov.uk/media/65228/com1%20joint%20guidance%20on%20corporate%20prosecutions%20for%20publication%20v1.pdf>.

⁷ Vedasi pagina 3 della *Prosecution Guidance*.

⁸ Consultabile nell'attuale versione in corso di aggiornamento su <http://www.sfo.gov.uk/media/28313/approach%20of%20the%20sfo%20to%20dealing%20with%20overseas%20corruption.pdf>.

Il *self reporting* nel sistema britannico è un atto di auto-denuncia alle autorità investigative, relativo alla commissione di un reato, ad esempio, al di là delle ipotesi previste per legge⁹ e per quanto oggetto del presente articolo, nei confronti del SFO per il reato di corruzione.

Il tema si manifesta in forma problematica nel caso in cui si tratti di corruzione di pubblico ufficiale Italiano riconducibile ad una società che ricada nell'ambito di applicazione del *Bribery Act* e che sia anche sottoposta alla *compliance* con il d.lgs. 231/2001.

In questo caso, infatti, occorrerà valutare attentamente le implicazioni dell'auto-denuncia nelle varie giurisdizioni coinvolte, anche alla luce dei relativi meccanismi processuali applicabili.

Il sistema Britannico¹⁰ promuove le iniziative delle società che favoriscono la individuazione di comportamenti scorretti dei propri dipendenti e collaboratori a qualunque titolo, potenzialmente costituenti reato. In tale direzione, si pongono i meccanismi di *whistleblowing* e *reporting* sia interno che esterno, indagini interne (cd. "*internal investigations*"), attività conseguenti a ispezioni da parte di autorità regolatorie o inquirenti (cd. "*dawn raids*"). Il complesso di queste attività dovrebbero consentire alle società di raggiungere il massimo livello di chiarezza e conoscenza dei fatti al fine di poter valutare adeguatamente le azioni da intraprendere, soppesandone i relativi rischi, ivi inclusi danni all'immagine (cd. "*reputational damages*") e possibili azioni da parte degli azionisti.

L'attenzione verrà quindi rivolta alle indagini interne, siano esse condotte volontariamente ed autonomamente dalla società, ed in questo caso sarà fondamentale valutare se e quando informare le autorità relativamente alle risultanze dell'indagine, oltre che i relativi rischi e benefici, oppure condotte congiuntamente con le autorità (di vigilanza, regolatorie, ispettive) gestendone in maniera corretta le comunicazioni.

In entrambi i casi, occorrerà valutare attentamente, tra l'altro, implicazioni legali, azioni da intraprendere, coinvolgimento del Consiglio di Amministrazione, azioni relative a licenziamenti/sanzioni disciplinari ai dipendenti, modifiche alle pratiche commerciali, comunicazioni interne ed esterne (anche al di là degli obblighi di *disclosure*¹¹ al mercato relativi alle cd. "*inside information*").

Riguardo all'eventuale informativa alle autorità, le tempistiche per l'auto-denuncia saranno fondamentali in quanto un *self-reporting* tempestivo verrà valutato positivamente dal SFO. Tuttavia, considerando che le società, davanti al sospetto della commissione di un reato, vorranno presumibilmente accertarne in via preventiva lo svolgimento dei fatti, il SFO suggerisce, anche in tal caso, un contatto tempestivo con

⁹ Vedasi *Listing Principle 6* (LR 7.2.1) che prevede "*a listed corporate must deal with Financial Services Authority in an open and cooperative manner*", *UK Listing, Prospectus and Disclosure Rules*, FSA Handbook consultabile su <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/>.

¹⁰ Anche il sistema Statunitense valorizza la realizzazione di meccanismi aperti e diffusi di comunicazione interna, senza timore di ritorsioni personali (vedasi *Principle 2* pagine 3 del Report), come risulta dal recente documento prodotto lo scorso 23 settembre 2010 dalla Commissione sulla *Corporate Governance* (CCG) costituita all'interno del *New York Stock Exchange* (NYSE), contenente i dieci principi (cd. "*core principles*") della *governance* aziendale su temi quali ruolo del Board e degli amministratori, la responsabilità del *management* in relazione ai sistemi di *corporate governance*, la partecipazione degli azionisti e l'esercizio del diritto di voto. Il rapporto completo è disponibile per la consultazione su <http://www.nyse.com/pdfs/CCGReport.pdf>.

¹¹ Vedasi *Disclosure Rules and Transparency Rules*, FSA Handbook su <http://FSHandbook.info/FSA/html/handbook/>.

i propri funzionari, anche attraverso i difensori della società, in modo tale da ottenere chiarimenti e indicazioni utili in merito all'approccio del SFO al caso concreto.

In particolare il SFO sarà interessato a valutare alcuni dati fondamentali tra cui:

- il coinvolgimento del Consiglio di Amministrazione e adozione di una nuova e rinforzata cultura etica¹²;
- la volontà di cooperare con le autorità, anche attraverso lo svolgimento di un'ulteriore indagine congiunta, se richiesto;
- la volontà di intraprendere all'esito dell'indagine un percorso di formazione interna e cambio culturale, azioni nei confronti dell'/degli autore/i del reato, periodico monitoraggio esterno;
- la disponibilità a gestire l'evenienza con trasparenza verso il pubblico attraverso comunicazioni esterne congiunte con le autorità;
- la disponibilità a cooperare anche con eventuali autorità straniere per raggiungere un accordo transattivo globale, ove ve ne fossero i requisiti.

Un ulteriore elemento di valutazione da parte del SFO riguarda il comportamento e le azioni intraprese dalla società relativamente alla gestione di precedenti evenienze di comportamenti scorretti¹³ dei propri dipendenti e collaboratori a qualunque titolo (le cd. "*wake up calls*") potendo determinare un diverso approccio da parte del SFO che potrà avere maggiore o minore disponibilità/benevolenza, ad esempio, relativamente alla individuazione delle sanzioni applicabili.

La Guida contiene, inoltre, indicazioni specifiche riguardo, ad esempio, le seguenti aree: indagini, negoziazione di accordi transattivi, anche su base internazionale coinvolgendo diverse giurisdizioni in aggiunta ad alcune indicazioni specifiche e molto interessanti riguardanti, non solo l'approccio del SFO all'implementazione del *Bribery Act*¹⁴, ma anche la possibilità di raggiungere un accordo preventivo con il SFO nell'ambito di operazioni di acquisizione che, per il tramite della due diligence, facciano emergere casi di corruzione internazionale.

In quest'ultimo caso, il SFO valuterrebbe con favore la disponibilità della società acquirente a predere tutte le più opportune azioni correttive, una volta conclusa l'acquisizione, consentendo un accordo preventivo che eviterebbe azioni da parte del SFO, sulla base di impegni concreti della società, monitorati con un meccanismo concordemente individuato dalle parti interessate.

La Guida contiene, inoltre una elencazione esemplificativa, ma non esaustiva, degli elementi, che, a giudizio del SFO sono fondamentali per un efficace sistema di controllo interno:

- chiaro impegno del *top management* verso la lotta alla corruzione;
- esistenza di un Codice Etico;

¹² A questo proposito viene valorizzato il ruolo dei cd. "*non-executive directors*" (NED) ai quali vengono nella prassi attribuiti specifici poteri di revisione interna. Sui NED vedasi la *community* costituita in Italia su <http://www.nedcommunity.com/>. Si segnala anche la ridefinizione della funzione di supervisione del Consiglio di Amministrazione attuata dalla riforma del diritto societario Italiano nella parte in cui viene meno l'obbligo per gli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione, sostituito da specifici obblighi ben individuati quali: a) valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; b) esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società; c) valutazione, sulla base delle relazioni degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Sugli amministratori indipendenti e sulla composizione degli Organismi di Vigilanza vedasi anche il recente Parere emesso da ABI lo scorso 19 Aprile 2011 n. 1250 acquistabile su <http://lexis.abi.it/abisolr/>.

¹³ Ad esempio se la società ha provveduto a fare chiarezza sullo svolgimento dei fatti o a documentare le azioni intraprese a seguito della conoscenza dei comportamenti potenzialmente costituenti reato o a monte, se ha dato adeguato seguito e riscontro ai casi di *whistleblowing* interno e/o esterno pervenuti alla società.

¹⁴ Sul punto, la versione aggiornata della Guida, conterrà presumibilmente maggiori dettagli.

- principi etici solidi indipendentemente dalle diverse leggi o culture locali;
- procedure su regalie e ospitalità e sui cd. *facilitation payments*;
- procedure per la gestione dei contratti, in particolare dei consulenti, ivi incluse verifiche sui fornitori (“*due diligence*”) e una adeguata valutazione dei rischi;
- procedure per la gestione delle donazioni e contributi politici e delle attività di *lobbying*;
- formazione ai dipendenti e collaboratori a qualunque titolo;
- verifiche al sistema di controllo e *audit* proporzionati alla valutazione del rischio;
- strumenti di *reporting* interni/esterni;
- meccanismi contrattuali che rendano evidente l'applicabilità del proprio codice anti-corruzione anche alle controparti contrattuali e *business partners*;
- misure disciplinari appropriate e coerenti;
- modalità di gestione di precedenti episodi di corruzione.

Qualora la società decidesse di non procedere all'auto-denuncia e nel caso in cui il SFO venisse in qualche modo a conoscenza di fatti potenzialmente idonei a costituire reato, l'impatto di un'indagine autonoma del SFO sarebbe sicuramente non trascurabile, sia per le ricadute sul normale svolgersi dell'attività di impresa, sia in termini di conseguenze sanzionatorie.

La Guida chiarisce, infatti, l'opportunità che, nel caso dell'auto-denuncia, la società ottenga una soluzione transattiva del procedimento in sede civile che includa il valore della percezione indebita, relativi interessi e i costi dell'attività del SFO, senza alcun coinvolgimento delle magistrature.

2. La collaborazione dell'ente nell'ambito del d.lgs. 231/2001

Il d.lgs. 231/2001 non contiene una espressa menzione (né, tanto meno, una regolamentazione) del *self reporting* in favore dell'Autorità Giudiziaria (o di altra Autorità che ad essa abbia l'obbligo di riferire).

Va premesso che, in questa sede, si intende per tale la *denuncia di un fatto di reato, rientrante nel catalogo dei reati-presupposto ex artt. 24 e seguenti, commesso da un proprio soggetto apicale o dipendente*¹⁵.

Vengono invece considerate rilevanti alcune condotte dell'ente, successive alla commissione di un reato-presupposto, tipicamente riparatorie e preventive.

Più precisamente:

- secondo l'art. 11, il numero delle quote di sanzione pecuniaria dipende, tra l'altro, dall'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti;
- i medesimi criteri ex art. 11 rilevano anche ai fini della scelta delle sanzioni interdittive (art. 14, comma 1);
- secondo l'art. 12, inoltre, la sanzione pecuniaria è ridotta se l'ente ha risarcito il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato (ovvero si è

¹⁵ Non rientrano in questo perimetro, pertanto, le comunicazioni obbligatorie in favore di Autorità amministrative previste dalla Legge Antiriciclaggio (d.lgs. 231/2007, art. 52), in quanto trattasi di segnalazione di illeciti previsti nella medesima normativa e non dei delitti di riciclaggio e cd. reimpiego previsti dall'art. 25-*octies* del d.lgs. 231/2001.

comunque efficacemente adoperato in tal senso) e se è stato adottato e reso operativo un idoneo Modello Organizzativo;

- infine, ai sensi dell'art. 17, le sanzioni interdittive non si applicano se l'ente prima dell'apertura del dibattimento ha, tra l'altro, eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato (ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso) e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di idonei Modelli Organizzativi.

Insomma: il *quid facendum* dell'ente è indicato, in ottica premiale, in tali disposizioni, senza che sia dato rinvenire alcun accenno alla possibilità (e alla rilevanza) di un'auto-denuncia.

Quest'ultima (*rectius*: la sua mancanza) non rileva ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria, a meno di non farla rientrare - in maniera forzata e che chi scrive non condivide - nell'ambito della mancata attività per eliminare o attenuare le conseguenze del reato (*ex art. 11*)¹⁶.

Tuttavia la circostanza che l'ente non abbia denunciato un reato di cui è venuto a conoscenza potrebbe essere rilevante in relazione alle principali decisioni procedurali del Pubblico Ministero e del Giudice: sia in relazione al perseguimento stesso della *notitia criminis* a carico dell'ente (per il primo), sia nell'ottica cautelare (per entrambi).

Si ipotizzi il seguente scenario.

La società scopre, in seguito ad indagini interne, un reato già commesso e decide di denunciare il fatto medesimo e, ove possibile, il suo autore.

Il Pubblico Ministero ha due possibilità alternative:

- decidere di non iscrivere la società nel registro delle notizie di reato, ravvisando sin da subito, una completa dissociazione dal fatto della persona fisica (e, comunque ed in definitiva, una carenza di interesse);
- oppure potrebbe voler approfondire il contesto ed iniziare le indagini preliminari anche nei confronti dell'ente: ad esempio perché ravvisa un *fumus* di interesse/vantaggio in relazione alla condotta del soggetto riferibile all'ente *ex art. 5*.

In ogni caso, l'avvenuta denuncia del reato da parte dell'ente, proprio perché dalla stessa potrebbe derivare una sua incriminazione, è chiaro sintomo di trasparenza, diligenza gestionale e volontà di rispetto della legge, la quale circostanza dovrebbe avere un impatto rilevante in relazione ad eventuali incidenti cautelari.

In altri termini, il PM sarebbe verosimilmente indotto a non chiedere misure e, in ogni caso, il giudice, nell'apprezzare la dissociazione sostanziale dal reato, escluderebbe la "pericolosità" dell'ente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 45.

Non si dimentichi, infine, il potere di archiviazione diretta del PM, più volte criticato in dottrina, ma che si può inserire come ulteriore tassello nel ragionamento che si sta svolgendo.

Viceversa, nell'ipotesi di mancata denuncia di un reato-presupposto accertato, la società verrebbe con ogni probabilità vista come sostanzialmente coinvolta nell'accaduto: non si è dissociata dalla condotta criminosa *ergo* ha manifestato "tolleranza" o volontà di "copertura" del reato.

Le conseguenze potrebbero essere pertanto opposte a quelle sopra riportate: nascerà sicuramente un procedimento penale *ex d.lgs. 231* e sarà più sostenibile -

¹⁶ E' di tutta evidenza che da una denuncia non deriva necessariamente l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato: tale risultato è meramente eventuale e connesso all'attività futura di altri soggetti (PM, polizia giudiziaria, Giudice).

beninteso ricorrendo gli altri presupposti *ex lege* - una richiesta cautelare e una conseguente decisione sfavorevole del GIP.

Qualche ulteriore considerazione relativa alla differente ipotesi di scoperta di un reato *in itinere*¹⁷.

Tra le modalità di intervento dell'ente potrebbe sicuramente venire in gioco anche la denuncia all'AG, la quale potrebbe avere addirittura effetti impeditivi del reato.

Insomma entrerebbe in gioco l'art. 26 - disposizione stranamente sottovalutata in dottrina - che esclude la responsabilità se l'ente "volontariamente" ha impedito il reato: nell'ambito dell'impedimento volontario non è peregrino pensare ad un atto di segnalazione all'esterno di un illecito aziendale.

L'argomento meriterebbe senz'altro ben altro approfondimento: va solo evidenziato che l'art. 26 - ma forse lo stesso sistema dei Modelli Organizzativi - consentirebbe la previsione endo-aziendale di un obbligo di riporto all'AG o ad altra autorità pubblica¹⁸.

Tuttavia un ultimo punto va segnalato, concernente le conseguenze della decisione della società di denunciare il fatto.

Con la denuncia di un suo dipendente o apicale, la società si qualifica *ab origine* come persona danneggiata dallo stesso e futura parte civile.

Non è affatto scontato che il PM, come detto, sia dello stesso avviso: egli potrebbe invece indagare l'ente e poi qualificarlo come imputato nella richiesta di rinvio a giudizio.

La giurisprudenza che ha avuto modo di affrontare il tema della costituzione di parte civile dell'ente "imputato" nei confronti della persona fisica imputata si è prevalentemente espressa in senso contrario¹⁹.

Inoltre la denuncia scatena un "effetto domino": essa dovrebbe evidentemente costituire il primo passo della reazione dell'ente ed anticipare l'applicazione del sistema disciplinare che, nell'ipotesi di commissione o tentata commissione di un reato-presupposto, dovrebbe prevedere la cessazione del rapporto di lavoro²⁰.

Tutto il ventaglio di iniziative che l'ente riterrà di adottare sono finalizzate a ridurre la propria responsabilità o, se del caso, ad escluderla del tutto, nelle ipotesi (di dimostrazione) di elusione fraudolenta del Modello Organizzativo.

3. Uno spunto *de iure condendo*

Il D.d.l. S1076, recante "Modifiche al codice penale in materia di delitti contro l'ambiente", prevede l'inserimento nel d.lgs. 231 di un art. 26-*bis* (Collaborazione della persona giuridica in materia ambientale) che recita:

¹⁷ Ad esempio: un segnalazione interna consente di svelare una truffa in corso di realizzazione (domanda per contributo pubblico basata su falsa documentazione presentata, ma contributo non ancora erogato). Per quanto consta le uniche linee-guida che considerano tale aspetto sono quelle dell'Associazione Italiana Ospedalità Privata, ai sensi delle quali se l'ODV ha notizia di un reato *in fieri*, ne informa prontamente l'Organo dirigente affinché questi impedisca il reato: in questo modo l'ente può avvalersi, viene detto espressamente, dell'esclusione di responsabilità *ex art 26*.

¹⁸ Si pensi al noto Codice Antimafia Italcementi, che prevede la segnalazione obbligatoria alla Prefettura dei tentativi di infiltrazione mafiosa, a pena di responsabilità disciplinare.

¹⁹ G.I.P. Tribunale Milano, 9 luglio 2009; Tribunale Roma, I, 18 dicembre 2010. E' rinvenibile la diversa opinione di Tribunale Milano, I, 19 dicembre 2005.

²⁰ Si potrebbe dire, forse esagerando: "l'eliminazione del fattore umano di rischio".

1. In riferimento ai delitti in materia ambientale indicati all'articolo 25-sexies, la sanzione amministrativa pecuniaria e' ridotta dalla metà a due terzi se l'ente, immediatamente dopo il fatto, porta a conoscenza della pubblica autorità l'avvenuta commissione del reato.

2. Nel caso previsto dal comma 1 non può essere disposta la pubblicazione della sentenza di condanna ai sensi dell'articolo 18.

Una simile disposizione introdurrebbe *expressis verbis* il *self reporting* nel d.lgs. 231, ma soltanto per i reati ambientali, in questo modo aprendo la porta a possibili disparità di trattamento irragionevoli e costituzionalmente illegittime: in altri termini sarebbe opportuno estenderne la possibilità anche per gli altri reati rilevanti²¹.

La collaborazione attiva comporterebbe la riduzione della sanzione pecuniaria e l'esclusione della pubblicazione della sentenza di condanna.

Resterebbero le sanzioni interdittive: tuttavia, proprio per quello che si è detto, una simile forma di collaborazione dovrebbe essere positivamente valutata dal giudice in sede di incidente cautelare.

La collaborazione rilevante consisterebbe insomma nella *voluntary* e *prompt disclosure*, vale a dire nella volontaria ed immediata denuncia all'AG o ad altra autorità che a quella debba riportare.

4. Qualche spunto giurisprudenziale sulla collaborazione dell'ente

La rilevanza della collaborazione dell'ente - nei termini previsti dal d.lgs. 231 - è stata sancita affrontata in più occasioni nell'ambito di procedimenti penali per fatti di corruzione.

Nell'ambito del noto caso Siemens si è affermato²² quanto segue:

La società infatti, diversamente dalle persone fisiche, ha un obbligo di rendersi adempiente allorquando venga scoperto o comunque prospettato un reato che la coinvolga. Infatti ai sensi dell'art. 7 n. 3 la società è tenuta da un lato "a scoprire ed eliminare tempestivamente le situazioni di rischio" e, d'altro lato, ai sensi dell'art. 17 lett. b), "ad eliminare le carenze organizzative mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Ciò significa che una persona giuridica, soprattutto di tale rilievo in campo europeo ed internazionale, è tenuta a condotte obbligate ed ineludibili dopo che una certa situazione si sia verificata, con condotte che sino a questo momento non risultano attuate. Il problema non è quello di collaborare con l'Autorità Giudiziaria (profilo che riguarda semmai le persone fisiche), ma di fornire risposte precise tali da poter assicurare che sia stato adottato un nuovo e migliore modulo organizzativo, dopo la scoperta dei reati commessi dai dirigenti, atto a prevenire il ripetersi di episodi simili ed individuare le aree di rischio esistenti. Ciò sino a questo momento non è avvenuto e tale circostanza può essere individuata come un indicatore di conferma della piena connivenza della società nelle condotte illegali che sono venute alla luce.

²¹ Ad esempio, in tema di corruzione e per quanto riguarda le persone fisiche, l'emendamento 12.11 al Disegno di legge Anticorruzione (S 2156) prevede una circostanza attenuante speciale per l'imputato di corruzione propria e in atti giudiziari che "si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e l'individuazione o la cattura degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite".

²² G.I.P. Tribunale Milano, 27 aprile 2004

Nello stesso procedimento, in sede di gravame²³, si è aggiunto:

Non può non essere valutata anche la mancanza di collaborazione di (SAG) sotto il profilo dell'inadempienza degli obblighi successivi alla scoperta del reato ex art. 7 n. 3 d.lgs. n. 231 del 2001, obblighi che per lo stesso letterale tenore della norma tutta la dottrina intende pacificamente come obblighi di collaborazione. Detta mancanza di collaborazione è stata appunto valutata dal G.I.P. nell'ambito della previsione di cui all'art. 7 n. 3 d.lgs. n. 231 del 2001 e di quella di cui all'art. 17 lett. b) del decreto nonché per fondare il giudizio sulla pericolosità dell'ente. La doglianza difensiva di cui al punto 2 dei motivi scritti di impugnazione (quando lamenta la nullità dell'ordinanza per violazione del divieto di applicazione di misure cautelari per acquisire dichiarazioni degli indagati) appare quindi non accoglibile e frutto di un'errata lettura della motivazione del G.I.P.

Infine, in un procedimento a carico di una società farmaceutica, veniva ratificato il c.d. patteggiamento che non contemplava alcuna sanzione interdittiva sulla base, tra le altre, della seguente motivazione²⁴:

Osservato che in ottemperanza alla disposizione di cui all'art. 17 lett. b) d.lgs. 231/2001 - che impone all'ente di eliminare le carenze organizzative mediante l'adozione ed attuazione di Modelli Organizzativi idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi", la società in questione ha dimostrato di aver adempiuto in tal senso.

Va in conclusione rilevato che l'art. 17 non pone assolutamente un obbligo di eliminare le carenze organizzative mediante l'adozione di un Modello idoneo; ancora una volta - sulla falsariga dell'art. 6, ma in relazione in questo caso ad una riduzione del quadro sanzionatorio - si deve parlare di *onere*.

In altri termini: se la società vuole evitare le sanzioni interdittive e ottenere la riduzione della sanzione pecuniaria ex art. 12 deve - *in limine litis* - tenere certi comportamenti.

Lo stesso dicasi per l'art. 7 che prescrive certamente che il Modello debba contenere misure volte a "scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio": ma si è sempre in una fase successiva rispetto a quella - facoltativa - dell'adozione del Modello stesso.

²³ Tribunale Milano, sezione per il riesame, 28 ottobre 2004:

²⁴ GUP Tribunale Verona, 27 marzo 2007

LA “231” NEL REGNO UNITO: RIFLESSIONI COMPARATISTICHE IN MERITO AL CD. OMICIDIO SOCIETARIO (*CORPORATE MANSLAUGHTER*) E AL *CORPORATE MANSLAUGHTER AND CORPORATE HOMICIDE ACT 2007*

*Avv. Pierdomenico de Gioia-Carabellese (Ph.D. - LL.M.), Solicitor & Notary Public (Scotland)
Avvocato (Roma), Lecturer in Business Law (Heriot-Watt University - Edinburgh)
Avv. Iole Anna Savini, Avvocato (Milano)*

1. Premessa

Nell'analisi comparata fra Italia e Gran Bretagna in tema di diritto penale societario, si dà stranamente per scontata una quasi assiomatica assonanza concettuale ed una contiguità teorica fra Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (di seguito definito anche “231”) e recente disciplina del *Bribery Act 2010*¹. A ben guardare, l'assimilazione fra i due *corpora* normativi al di qua e al di là del Canale andrebbe valutata più ad ampio raggio da un punto di vista comparatistico; infatti, ben prima del *Bribery Act 2010*, un'altra, diversa legge è stata introdotta nel Regno Unito, nelle sue tre diversi giurisdizioni (Inghilterra e Galles, Scozia, Irlanda del Nord), il cui obiettivo è disciplinare e sanzionare - proprio come fa la “231” in Italia - la condotta di enti (principalmente società ma non solo) la quale risulti nella commissione di specifici reati², per effetto di una inosservanza del Modello Organizzativo dell'ente: tale normativa è quella del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (di seguito anche il *CMCHA 2007*) la cui disamina costituisce l'oggetto della presente nota.

¹ Le fonti di lingua inglese citate nel presente articolo sono conformi ai criteri redazionali OSCOLA.

Il *Bribery Act 2010* (*Chapter 23*) è la legge del Parlamento di Westminster approvata l'8 aprile 2010. La sua entrata in vigore, prima prevista per aprile 2010, era slittata poi ad Aprile 2011. Peraltro, tenuto conto che il *Secretary of State for Justice* (il Ministro della Giustizia britannico) ha affermato che il provvedimento legislativo non entrerà in vigore fino a quando non siano passati tre mesi dalla adozione da parte di quel dicastero delle relative linee guida e considerato altresì che tali *guide-lines* sono state adottate il 31 marzo scorso, il *Bribery Act 2010* avrà efficacia di legge a luglio 2011 (Ministry of Justice, Guidance, <http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf>.)

Commenti sul *Bribery Act 2010* si leggono, a livello domestico, in O Faggiano, 'La Responsabilità delle imprese nel *UK Bribery Act*: Prime Riflessioni su Strategie di *Compliance* e Implicazioni per le Società Italiane' (2011) 1 Rivista 231 21,26.

² In realtà, giusta quanto di seguito evidenziato, nel Regno Unito non si parla di reati-presupposto quanto piuttosto di evento e l'unico evento che viene tenuto in considerazione al fine della responsabilità dell'ente è la morte di una persona. Si metterà in luce nel presente scritto la differenza sostanziale fra la amplissima gamma di reati-presupposto di cui alla disciplina italiana *ex* legge del 29 settembre 2000, n. 300 (in particolare, l'art. 11) e la laconica previsione, di cui all'art. 1 del *CMCHA 2007*, la quale sancisce come unico presupposto l'evento morte.

Come viepiù si verifica negli ordinamenti di *common law*, la regola di diritto estratta dalla decisione giurisprudenziale viene ritenuta inadeguata, principalmente in quanto riconoscibile con difficoltà, e dunque si preferisce una “codificazione del reato” nella sede legislativa³.

Prima della implementazione del *CMCHA 2007*, due erano fondamentalmente le fonti che venivano utilizzate al fine di richiamare la responsabilità di un ente societario il quale attraverso proprie attività avesse causato la perdita di vite umane.

In primo luogo, in *common law* (dunque nella giurisprudenza), tanto la giurisdizione scozzese quanto quella anglo/gallese avevano già elaborato il reato, rispettivamente, del *corporate culpable homicide* e del *corporate manslaughter*.

In aggiunta a ciò, a livello legislativo (dunque in sede di *statute* ovvero di *statutory law*), un tentativo di repressione di tali condotte era rappresentato da *The Health and Safety at Work Act 1974*, più in particolare da una disciplina avente, per l'appunto, lo scopo di contrastare assetti organizzativi non compatibili con l'esigenza di sicurezza sul luogo di lavoro⁴.

³ Tanto in Inghilterra/Galles quanto in Scozia, manca un *criminal code*. D Ormerod, *Smith and Hogan Criminal Law* (12th edn OUP, Oxford 2008) 18,19; J Herring, *Criminal Law. Text, Cases, and Materials* (3rd edn OUP, Oxford 2008) 1,76.

Quanto alla Scozia, vedasi TH Jones & GA Christie, *Criminal Law* (4th edn W. Green, Edinburgh 2008) 11.

⁴ Sebbene, prima della entrata in vigore del *CMCHA 2007*, i sistemi giuridici anglo-scozzesi di fatto rendessero difficile una azione penale nei confronti di enti collettivi, d'altro canto una certa forma di tutela era pur sempre assicurata da una legge differente, il c.d. *Health and Safety at Work Act 1974* (di seguito anche: “*HSWA 1974*”). Tale legge, ancora vigente ed applicabile tanto in Inghilterra/Galles quanto in Scozia, concerne la sicurezza nei luoghi pubblici e privati e fu invocata e utilizzata con successo nel caso *Transco Plc and ICL Plastics and ICL Tech*, quale alternativa all'inadeguata fattispecie penale di *common law* del *corporate manslaughter*. D'altro canto, è utile anche precisare che, nonostante la recente introduzione del *CMCHA 2007*, la disciplina del 1974 può ora nondimeno essere utilizzata in forma congiunta con la nuova disciplina legislativa, in quanto la prima consente di far leva su di una responsabilità secondaria del *senior management*, laddove la responsabilità primaria di cui al *corporate manslaughter* è riferibile direttamente all'ente.

In forma succinta e senza pretesa di esaustività, si evidenzia fra gli Autori (M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (2nd edn Tottel Publishing, Haywards Heath (Sussex) 2008) 6) che la disciplina dell'*HSWA 1974* ha lo scopo di fornire al Regno Unito uno schema legislativo che ponga in capo al datore di lavoro, al lavoratore autonomo ovvero al dipendente il dovere di condurre le attività in modo tale che le stesse non causino danno.

E' da notarsi che, pur in presenza del dovere di cui sopra in capo al datore di lavoro (ma non ad un ente direttamente), una società sarà nondimeno ritenuta responsabile in via vicaria per gli atti dei propri dipendenti. Tuttavia, sempre in dottrina (M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (n 4) 6,9) la legge del 1974 viene nondimeno criticata, in quanto la condotta che costituisce reato è la mancanza di osservanza di un dovere (*failure to comply with a duty*), con la conseguenza che se tale dovere, debitamente adempiuto, determinasse comunque la morte di un dipendente, tale fatto (la morte) sarebbe ritenuto irrilevante. In altre parole, ai sensi di tale legge, la sanzione potrebbe essere disarticolata dalla gravità dell'evento (la morte) che ne possa conseguire. B Barrett, 'Liability for Safety Offences: is the Law still Fatally Flawed?' (2008) 37(1) *Industrial Law Journal* 100,118.

Pertanto, l'*HSWA 1974* non prevede uno specifico reato di morte sul luogo del lavoro riferibile ad un ente. In aggiunta a ciò, come stigmatizzato in dottrina (E Mujih, 'Reform of the Law on Corporate Killing: a Toughening or Softening of the Law?' (2008) 29(3) *Company Lawyer* 76,83), la relativa azione penale è demandata ad un ente governativo, il *Health and Safety Executive* (una specie di ministero della salute pubblica) il quale adotta regole di condotta e, finanche, fornisce assistenza all'ente in caso di indagini. Da ultimo, come evidenziato dal *Report della Law Commission*, “*none of the offences for which it provides were triable only on indictment even where death has occurred.*” In altre parole, i reati contemplati nel *HSWA 1974* sono azionabili solo su richiesta della parte, e non sono procedibili di ufficio.

Una ulteriore critica alla legge del 1974 riguarda la sanzione, che nel caso di specie è pecuniaria (fine). Per alcuni (The Scottish Parliament, 'Criminal Sentencing (Equity Fines) Bill', 2008), le sanzioni pecuniarie potrebbero non essere sufficienti quale deterrente contro l'impresa. In particolare, nel citare un caso giudiziale (ICL Stockline), vengono richiamate le parole di uno dei giudici, Lord Brodie, il quale afferma:

“The fines banded down in court often do not reflect the financial gain a firm may have made by failing to comply with an obligation. This means that the penalties do not act as a deterrent and, in effect, give businesses an incentive to continue to fail to comply in return for a profit. In some cases fines do not reflect the harm done to society”.

La ripetuta legge del 1974 non prevede una responsabilità della società in via diretta, ma esclusivamente quella dei suoi amministratori, dei dirigenti e di altri dipendenti di simile livello dirigenziale (V Craig & K Miller, *An introduction to the Law of Health and Safety at Work in Scotland* (2nd edn W.Green/Sweet and Maxwell, Edinburgh 2000).

Infine, per espressa previsione del *CMCHA 2007* (alla sua *Section 19(2)*), una condanna ai sensi del nuovo reato statuario di *corporate manslaughter* non esclude una condanna anche ai sensi dell'*HSWA 1974*.

Tuttavia, taluni casi pratici, segnatamente quello *Tesco*⁵, portarono alla luce diverse problematicità e deficienze nel meccanismo di funzionamento del reato di *common law* riguardante il *corporate manslaughter*, le quali di fatto consentivano agli enti di sfuggire ad ogni forma di responsabilità. Poiché infatti nella *common law*, al fine della sussistenza del reato, occorre identificare la “*directing mind and will*” della società (dunque individuare colui che è la mente e la volontà dell’ente che ha commesso il reato), il risultato era, prima dell’entrata in vigore del *CMCHA 2007*, che molto spesso nessuno risultava colpevole, data la oggettiva difficoltà ad identificare all’interno di un ente chi fosse la mente colpevole cui ricondurre il fatto.

L’emanazione di una “231” britannica, la quale è anche il riflesso di una letteratura anglosassone, peraltro più matura oltre Oceano che in Terra d’Albione, non è avvenuta nel senso di rendere imputabili le organizzazioni per una rilevante categoria di reati, come infatti avviene nella disciplina nostrana⁶.

Infatti, nell’ambito del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* i reati-presupposto non sono contemplati affatto. Vi è invece individuato un evento presupposto, molto limitato che coincide con il danno più grave che può essere immaginato, per una persona fisica (*idem est*: la perdita della vita)⁷, quale riflesso della condotta dell’ente.

2. Quadro evolutivo del reato di *corporate manslaughter*: dalla *common law* allo *statute*

2A. Il *corporate manslaughter* nella *common law* inglese

E’ da chiarire da subito che il *corporate manslaughter*⁸ è la traslazione in ambito “statutario”⁹ di reati che già la giurisprudenza (la *common law*, il quale ha forza di

“An organisation that has been convicted of corporate manslaughter or corporate homicide arising out of a particular set of circumstances may, if the interests of justice so require, be charged with a health and safety offence arising out of some or all of those circumstances”.

⁵ *Tesco v Natrass* [1972] AC 153.

⁶ Il primo a parlare, in America, di criminalità dei colletti bianchi (*white-collar crime*) è stato Edwin Sutherland nelle sue diverse opere, fra cui: EH Sutherland, ‘White-Collar Criminality’ (1940) 5 *American Sociological Review* 1,12; Id., ‘Is ‘White-collar crime’ a crime’ (1945) 10(2) *American Sociological Review* 132,139. L’A. sottolineava 70 anni fa che, mentre i criminologi si occupano di crimini commessi da giovani individui che provengono da un retroterra svantaggiato, vi possono essere *business executives*, altamente qualificati e di educazione privilegiata i quali, parimenti, possono violare la legge nelle società o enti ove lavorano. Sul tema generale della *criminal responsibility*, si veda anche C Wells, *Corporations and Criminal Responsibility* (Clarendon Press, Oxford 1993); JE Parkinson, *Corporate Power and Responsibility* (Clarendon Press, Oxford 1993).

In Italia, nella sterminata dottrina in tema di “231” si veda, senza pretesa di esaustività: A Lanzi & S Putinati, *Istituzioni di Diritto Penale dell’Economia* (Giuffrè, Milano 2007) 242, 260; P de Felice, *La Responsabilità da Reato degli Enti Collettivi* (Cacucci, Bari 2002) 71,109.

⁷ Ben diverso, evidentemente, dalla disciplina italiana. Nel Regno Unito è come se la legge delega 29 settembre 2000 n. 300 avesse limitato i reati-presupposto alla lett. c) dell’art. 11, comma 1, invece che estenderli anche alle lett. a), b), d). E’ noto che la lett. c) contempla “la responsabilità in relazione alla commissione dei reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell’igiene e della salute sul lavoro.”

⁸ Ovvero *corporate homicide*, nella giurisdizione scozzese. Le due nomenclature sono differenti, ma i concetti sono analoghi.

⁹ Lo *statute in common law* è il testo normativo, laddove la *case law* è l’insieme di decisioni giurisprudenziali, le quali in un ordinamento basato sul precedente assumono una forte valenza per il giudicante (il *precedent*). C De Maglie, ‘Models

“legge” in tali ordinamenti) aveva elaborato in terra britannica. L'applicazione di tali reati era stata invocata in coincidenza con gravi fatalità (usualmente disastri), in molti casi con rilevanti perdite di vite umane.

Sotto un profilo teorico, nella *common law* di Inghilterra e Galles, prima del *CMCHA 2007*, si era soliti riconoscere il reato di omicidio involontario (*involuntary manslaughter*), nei casi in cui vi fosse il coinvolgimento di enti che avessero causato la morte di una persona¹⁰.

Tuttavia, da un punto di vista più pratico e come nel caso del contiguo ordinamento scozzese (cfr oltre Capitolo 2B), anche nel diritto inglese vi erano diversi problemi concettuali, allorquando occorreva attribuire responsabilità alla persona giuridica. Casi eclatanti furono quelli concernenti disastri da cui dunque era scaturita la morte di diverse persone, come ad esempio quelli navali o ferroviari¹¹. Tali vicende, pur portate all'attenzione dei giudici dopo lunghe investigazioni, si erano tradotte nel rigetto della relativa condanna. Alla luce di ciò è importante esaminare le regole di *common law* le quali, prima dell'intervento legislativo del 2007, regolavano in Inghilterra l'omicidio colposo commesso da entità societarie al fine di identificare le barriere legali che prevedevano la condanna di persone giuridiche.

In primo luogo, è necessario spiegare che, affinché nel diritto inglese vi sia reato, due fondamentali elementi sono necessari: il cd. *actus reus* (dunque l'atto colpevole in sé); la cd. *mens rea*, ossia la mente colpevole (*guilty mind*). Come sottolineato in dottrina¹²:

*“[T]he actus reus must be accompanied by an appropriate state of mind which is referred to as mens rea”*¹³.

E' da evidenziarsi¹⁴ che ci sono crimini i quali non richiedono la mente colpevole (la *mens rea*) da parte del responsabile; si tratta in particolare di reati a responsabilità oggettiva (*strict liability offences*), che comprendono la gran parte di crimini definiti in sede legislativa (*statutory offences*). Dunque, per i reati a responsabilità oggettiva, non vi sarebbero problemi concettuali di sorta ad assumere la responsabilità penale dell'ente, in quanto gli stessi possono essere senz'altro attribuiti ad un organismo societario, avuto presente che nella *common law* inglese (ma anche in quella scozzese) tali reati non necessitano di essere corroborati dal fatto che vi sia stata la *mens rea*. D'altro canto, la *mens rea* è astrattamente richiesta nel reato di omicidio colposo e ciò crea certamente un grosso problema concettuale nelle incriminazioni di enti, per crimini di tale tipologia commessi in Inghilterra¹⁵.

of Corporate Criminal Liability in Comparative Law' (2005)4 *Washington University Global Studies Law Review* 547,560.

¹⁰ La dottrina italiana che fino ad ora si è occupata del tema non sembra cogliere perfettamente la peculiarità della circostanza che in Inghilterra la disamina della attribuibilità del fatto illecito all'ente collettivo ha riguardato solo la fattispecie di omicidio colposo. Infatti, si afferma (F Santi, *La Responsabilità delle Società e degli Enti* (Giuffrè, Milano 2004) 30) che:

“Anche l'ordinamento inglese ha introdotto un sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche, legata all'idea che la corporation si immedesima pienamente con i suoi dirigenti”.

In realtà, si dimostra in questo commento che in Inghilterra e Galles la responsabilità penale dell'ente nasce quale riflesso della *common law*, e solo nel 2007 in ambito legislativo, ed è ben limitata alla fattispecie dell'omicidio.

¹¹ Il riferimento va al disastro ferroviario di Hatfield e all'affondamento del *Herald of Free Enterprise*.

¹² D Keenan, *Smith and Keenan. English Law* (14th edn Pearson Longman, Harlow 2004) 647.

¹³ In altre parole, l'atto colpevole deve essere accompagnato da un appropriato stato della mente.

¹⁴ Si veda in tal senso, fra gli altri, M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (n 4) *passim*.

¹⁵ Tuttavia, come sottolineato da due autori (J Gobert and M Punch, *Rethinking Corporate Crime* (Butterworths LexisNexis, London 2003) vi sono nell'ordinamento inglese alcune leggi penali che richiedono espressamente la *mens rea*.

Sempre con riferimento all'ordinamento inglese, l'omicidio (il *killing*, genericamente considerato) viene inquadrato in tre distinte categorie, più precisamente: l'omicidio vero e proprio (il *murder*); l'omicidio colposo volontario (*voluntary manslaughter*); l'omicidio colposo involontario (*involuntary manslaughter*). Poiché, riguardo al *murder*, si richiede che l'indagato abbia posto in essere la condotta con malizia, l'ente societario non poteva essere incriminato per tale fattispecie, in quanto per definizione la malizia è assente in capo allo stesso. In aggiunta al problema psicologico (un ente difetta di malizia), la colpevolezza di una persona giuridica era anche ostacolata dalla sanzione, che nel caso di omicidio volontario è obbligatoriamente la pena detentiva (difficile ovviamente immaginare un ente rinchiuso in cella di prigione!)¹⁶.

Alla luce di ciò, l'unica plausibile spiegazione che rimaneva, al fine di ritenere responsabile nella *common law* inglese un ente giuridico, era la possibile condanna per omicidio colposo (*manslaughter*), il quale di per sé non richiede l'elemento psicologico della malizia.

Come accennato, in Inghilterra il reato di omicidio colposo (*manslaughter*) si divide in due sotto categorie che risulterebbero non del tutto assimilabili a fattispecie di diritto italiano: quello di tipo "*voluntary*" ovvero quello "*involuntary*". Nel caso di *voluntary manslaughter*, sulla scorta della dottrina¹⁷, la persona ha premeditato l'omicidio, tuttavia vi ricorrono circostanze tali, quali la provocazione, che hanno ridotto il reato a omicidio colposo. Per contro, il cd. *involuntary manslaughter* è dato dal fatto che vi è stata una condotta non conforme¹⁸ ovvero la morte è stata causata da negligenza grave. E', quest'ultima, l'ipotesi del *manslaughter by gross negligence* che veniva applicata agli enti societari, e che pertanto richiede la debita attenzione.

2A(a) Il manslaughter by gross negligence

Tradizionalmente, il sistema giuridico inglese prevedeva il ricorrere del *manslaughter by gross negligence* in presenza di un atto o di una omissione che cagionasse la morte ad un individuo e di tale intensità per cui la responsabilità penale ne era l'unica conseguenza¹⁹.

Fu con il caso *R v Adomako*²⁰ che la *House of Lords* stabilì, per la prima volta, i *tests* che devono essere utilizzati al fine di determinare la negligenza grave²¹.

In primo luogo, occorre stabilire se ricorresse un dovere di diligenza (*duty of care*) nei confronti del deceduto. In secondo luogo, bisognava accertare se tale dovere fosse stato violato e se, in terzo luogo, fosse stata tale violazione ad aver causato la morte della persona. Da ultimo (quarto criterio), occorre verificare se si fosse trattato di negligenza grave.

¹⁶ Si veda IM Gault and RJ McGrane, 'Corporate Manslaughter in Major Disaster' (1991) *International Company and Commercial Law Review* 2(5) 166,171.

¹⁷ IM Gault and RJ McGrane, 'Corporate Manslaughter in Major Disaster' (n 15) 166,171.

¹⁸ Vedasi *R v Church* 1 [1965] 2 A11 ER.

¹⁹ M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (n 4) 129,144.

²⁰ [1995] 1 AC 171.

²¹ Incidentalmente, la decisione *R v Adomako* rafforza quella di cui al precedente *Rex v Bateman* [1925] \9 Cr. App. R.8.

La decisione *Adomako* sostituiva i precedenti *tests*, particolarmente quelli di avventatezza (*recklessness*) affermati nei casi *Lawrence*²² e *Caldwell*²³. Nonostante i quattro *tests*, rimaneva da chiarire un ulteriore aspetto osservato in dottrina²⁴, secondo cui un amministratore di una società di per sé non è tenuto ad un dovere di diligenza nei confronti di coloro che siano morti a seguito delle attività svolte dalla società medesima. Non è un caso che, secondo quanto riferito dall'*Attorney General's Reference No 2/1999*, un ente societario non poteva essere condannato per il *manslaughter by gross negligence* in assenza di un individuo ben identificato all'interno dell'ente, da potersi ritenere responsabile.

2A(b) La corporate criminal liability: una prospettiva storica

Prima del 1944, i casi nei quali era stata sancita la responsabilità penale degli enti societari erano principalmente basati sul concetto di responsabilità oggettiva (*vicarious liability*), per cui gli atti del dipendente potevano essere attribuiti al datore di lavoro ma rimanevano pur sempre atti del dipendente e ciò anche con riferimento ai reati *stricto sensu*. Il riferimento alla responsabilità vicaria era il modo principale per attribuire la responsabilità agli enti, nei casi in cui le Corti decidevano che coloro che gestivano la società potevano essere pensati come soggetti incorporanti la società stessa.

Si rimarca in dottrina²⁵ che, a partire dagli anni '40, l'Inghilterra ha iniziato a rigettare la responsabilità vicaria, salvo che nell'ipotesi di diffamazione (*libel*) e di dolo di natura penale (*public nuisance*). In proposito la dottrina offre un "tris" di casi giudiziali i quali, nel 1944, fissarono il principio che una società poteva essere responsabile penalmente sulla base del fatto che gli atti di certi dipendenti fossero considerati quali atti diretti della società medesima; si introduceva così la responsabilità personale degli enti societari e si superava la dottrina della responsabilità vicaria.

E' dunque utile esaminare detto "tris" di casi del 1944, come presentati da Pinto and Evans (2008).

Il primo di questi casi (*DPP v Kent & Sussex Contractors Ltd*)²⁶ mostra il modo in cui la *mens rea* era stata attribuita all'organismo societario. Nello specifico, la società era stata indagata di reati ai sensi della regolamentazione di razionamento del petrolio (si era nel pieno della seconda guerra mondiale). La società aveva redatto falsi documenti al fine di ingannare i terzi e fatto anche false dichiarazioni²⁷.

Il secondo caso (*R v ICR Haulage Co Ltd*)²⁸ era basato sul fatto che una società era stata rinviata a giudizio per il reato di *common law* di frode o truffa, in concorso (*conspiracy*) (Sealy and Worthington (2008). Fu affermato che la condotta dell'organo apicale della società (il *managing director*) doveva ritenersi atto della società medesima.

²² [1982] AC 510.

²³ [1982] ac 341.

²⁴ M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (n 4) 133.

²⁵ J Farrar and B Hannigan, *Farrar's Company Law* (4th edn Butterworths, London 1998).

²⁶ [1944] KB 146 (King's Bench Divisional Court).

²⁷ I. Sealy and S Worthington, *Cases and Materials in Company Law* (8th edn Oxford University Press, Oxford 2008) *passim*. In merito al medesimo caso, in dottrina (A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (2nd edn Thomson/Sweet & Maxwell, London 2008) 92) si evidenzia che trattasi del primo in cui la dottrina della identificazione entra nel diritto penale.

²⁸ [1944] KB 551 (Court of Criminal Appeal).

L'ultimo caso (*Moore v I Bresler Ltd*)²⁹ riecheggia il principio dei primi due. Si trattava in particolare di una condotta illecita di una società, insieme a quella della segreteria societaria (il *company secretary*), come anche a quella del *sales manager* della filiale di Nottingham. Tutti vennero indagati ai sensi della *Section 35(2)* del *Finance (No.2) Act 1940*. Fu statuito che la *mens rea* (dunque la colpevolezza) del dipendente autorizzato ad adempiere il dovere di realizzare il profitto avrebbe dovuto essere attribuita alla società. Dunque, fu ritenuto che una società non potrebbe essere considerata responsabile del reato di *gross negligence manslaughter* senza avere tanto il necessario *actus reus* (l'atto colpevole) quanto la *mens rea* nonché qualcuno, all'interno della società, attraverso cui l'atto potesse essere attribuito alla società medesima.

2A(c) Concezione della "dottrina della identificazione"

La dottrina della identificazione ovvero anche del cd. "alter ego", come talvolta viene definita, è stata sviluppata nelle Corti inglesi quale modalità utile ad attribuire la necessaria *mens rea* ad una società. Si sottolinea abitualmente che seri reati, quali l'omicidio colposo, richiedono la prova della *mens rea* da parte dell'accusato³⁰ e che sebbene una società sia classificata quale persona fittizia (*persona ficta*) - capace di esercitare alcune distinte attività umane - la stessa manca di mente umana. In proposito la dottrina in parola stabilì il modo in cui la "*directing mind and will*" dell'individuo potesse essere attribuita ad una società.

Tale dottrina potrebbe essere ricondotta al caso *Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Co Ltd* nel quale le Corti stabilirono come la mente di un ente potesse essere identificata con una persona umana. Sebbene il caso di specie sia di tipo privatistico, i gius-penalisti inglesi lo hanno descritto da subito quale paradigma da utilizzare in tema di omicidio colposo commesso da enti.

Nel caso di specie, un battello a vapore (*tank steamer*), chiamato Edward Dawson, nel mentre veleggiava per Rotterdam, prese fuoco a causa di un difetto del boiler³¹. Fu statuito dalla *House of Lords* che i concetti di errore e consapevolezza potevano ben essere attribuiti ad una persona giuridica³². Non solo: in un successivo giudizio, *Bolton (Engineering) Co Ltd v Graham and Sons Ltd*³³, tale principio fu confermato più esplicitamente, nella affermazione di uno dei giudici, Lord Denning, il quale paragonò esplicitamente un ente ad una persona fisica³⁴.

L'assunto di Lord Denning, pur rilevante ed innovativo, effettivamente mette a nudo uno svantaggio sotteso alla teoria della identificazione, in particolare il fatto che

²⁹ [1944] 2 All ER 515.

³⁰ J Birds and Others, *Boyle and Birds Company Law* (6th edn Jordan Publishing, Bristol 2007).

³¹ Fu affermato da uno dei giudici (Viscount Haldane L.C.) quanto segue:

"My Lords, a corporation is an abstract. It has no mind of its own...its active directing mind and will must consequently be sought in the person...who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation".

³² "[T]he concepts of fault and privity were capable in law of being attributed to a corporate body".

³³ [1975] 1 QB 159.

³⁴ Al riguardo, Lord Denning affermò:

"It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has the hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people are mere servants and agents who are nothing more than the hands...and cannot be said to represent the mind or will".

solo ad una certa classe di persone all'interno di una organizzazione può essere attribuita la *mens rea*.

2A(d) La dottrina della identificazione: il caso Tesco

E' solo con il caso *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass*³⁵ che le Corti fornirono linee-guida in merito alla dottrina della identificazione, e dunque di attribuzione della responsabilità da *corporate manslaughter*, sebbene nello stesso si riaffermi il principio di cui alle decisioni del 1944³⁶.

Il caso riguardava Tesco, una delle maggiori reti di supermercati britannici, che fu indagata per un reato di frode commesso in violazione di un precetto contenuto in una legge, il *Trade Description Act 1968*. In particolare, un detersivo fu messo in vendita in uno dei supermercati Tesco ad un prezzo più alto di quanto pubblicizzato. Fu il commesso del negozio che, nel mettere a posto gli scaffali, lasciò dei pacchi di detersivo con prezzi al valore di mercato, anziché a quello scontato (Tesco durante quei giorni offriva i detersivi a prezzo speciale fino ad esaurimento scorte); inoltre, il commesso aveva omesso di informare il *manager* del negozio ed il *manager* non aveva notato la differenza di prezzo.

Ai sensi della *Section 24(1)* dell'*Act* in parola, nel caso che si esamina, la difesa si era costituita per fatto o inosservanza di un'altra persona; l'accusato aveva preso ragionevoli precauzioni ed aveva esercitato la dovuta diligenza per evitare la commissione del reato³⁷. La responsabilità penale non potette essere attribuita al *manager* del negozio della società perché la *House of Lords* statuí che questi non poteva essere considerato quale "*directing mind and will*" (la volontà e mente che dirige) ma semplicemente un subordinato; al riguardo uno dei giudici, Lord Reid, alquanto argutamente, limitò l'ambito delle persone da considerarsi "*directing mind and will*":

*"[T]he board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carrying out the functions of management and speak and act as the company. The subordinates do not"*³⁸.

In altre parole, come sottolineato in dottrina³⁹, l'ente societario poteva essere condannato per un reato non-statutario che richiedesse la prova della *mens rea*, nella misura in cui la persona fisica che avesse commesso il cd. *actus reus* fosse identificabile all'interno della società e la persona stessa risultasse essere di livello elevato (cosa che non poteva essere nel caso di specie, in quanto la "mente" che aveva causato il fatto era un semplice *manager* di negozio).

2A(e) Critica al caso Tesco

Il caso "Tesco" prova il fondamentale difetto e la debolezza del reato di omicidio societario nella *common law*. Una critica fondamentale alla decisione Tesco viene

³⁵ [1972] AC 153.

³⁶ A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 47,63.

³⁷ L Sealy and S Worthington, *Cases and Materials in Company Law* (n 27) *passim*.

³⁸ In breve: il consiglio di amministrazione, l'alta dirigenza, ma non i meri lavoratori subordinati.

³⁹ A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 47,63.

fatta a livello dottrinale; si evidenzia⁴⁰ che il limitare la classe di persone “imputabili” riduce a dismisura le possibilità di individuare la persona che possa essere ritenuta responsabile all’interno della società; circostanza questa riecheggiata nel caso *R v Peter Kite*⁴¹, il quale incidentalmente mette a nudo un ulteriore difetto della dottrina, soprattutto il fatto che la stessa funzioni solo in casi in cui siano coinvolte piccole entità, ove, per definizione, un individuo può essere identificato più facilmente. In questo caso giudiziario, la società indagata, OLL Ltd, era stata messa sotto indagine per omicidio colposo insieme al proprio *managing director*, Mr Kite. I fatti riguardavano la morte di quattro ragazzi i quali avevano preso parte ad una gita in canoa organizzata dalla società di Mr Kite. In tal caso, la società fu condannata facilmente per *corporate manslaughter*, in quanto, essendo le dimensioni della stessa molto limitate, era facile identificare Mr Kite quale “*directing mind and will*”⁴², essendo lo stesso unico amministratore e dipendente.

2A(f) Il caso Meridian

Con il caso Meridian⁴³ gli aspetti di rigidità e di ristrettezza del *test* di identificazione furono superati. Con il detto caso, infatti, le Corti iniziarono ad essere non più condizionate dalla circostanza che gli amministratori ovvero il *top management* fossero consapevoli ovvero avessero dato istruzioni ovvero fossero incorsi in omissioni⁴⁴.

Nel caso *Meridian*, Lord Hoffmann statuí quanto segue:

*“When the question arises of attributing the act or state of mind of an individual to a company, different rules should be invoked in different circumstances, depending upon the rule of law which is being applied”*⁴⁵.

Il caso di cui si parla non è esente da critiche: ad esempio, viene sottolineato⁴⁶ che lo stesso non riesce a risolvere il tema della responsabilità derivata, anche perché il nuovo criterio allarga la responsabilità al fine di includere dipendenti di basso livello e, da ultimo, riduce del tutto la differenza fra responsabilità vicaria (o oggettiva), tipica del dipendente, e diretta, in quanto riferibile senz’altro agli organi apicali. Il medesimo A. ritiene anche che tale allargata responsabilità danneggi gli organismi societari, nel senso che diventa per questi più difficile prevedere la gamma di loro

⁴⁰ In particolare nel pensiero di A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 47,63.

⁴¹ [1996] 2 Cr App R.

⁴² In relazione alla condanna per omicidio colposo inflitta nel caso Kite, in dottrina (J Gobert and M Punch, *Rethinking Corporate Crime* (n 15) *passim*) vengono mosse critiche alla possibilità di estendere tale caso in quanto relativo ad una impresa (OLL Ltd) di piccole dimensioni, ove il test di identificazione è alquanto semplice.

Secondo un A. (R Redfern, ‘The Limitations of Corporate Manslaughter’ (2000) 5(1) *Coventry Law Journal* 36,40), il test di identificazione è ben difficile da applicare a moderne strutture imprenditoriali, stante che in tali casi i modelli di business si sviluppano a più livelli e dunque risulterebbe arduo identificare un individuo di alta autorità.

Ancor più argutamente, vi è chi (J Gobert and M Punch, *Rethinking Corporate Crime* (n 15) *passim*) sottolinea che il test di identificazione poteva incoraggiare le società ad adottare modelli organizzativi molto verticali, di modo che i riflessi penali della loro operatività non potessero raggiungere coloro che fossero al livello più alto della scala gerarchica.

⁴³ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission* [1995] 2 AC 500 (Privy Council).

⁴⁴ P Ferguson, ‘Corporate Culpable Homicide’ (2004) 16 *Scots Law Times* 97,101.

⁴⁵ A voler tradurre: “quando sorge una questione circa l’attribuzione ad una società di un atto ovvero di una condizione di colpevolezza di un individuo, differenti regole dovrebbero essere invocate in differenti circostanze, a seconda della regola di diritto che dovrebbe essere applicata.” (L. Sealy and S Worthington, *Cases and Materials in Company Law* (27) *passim*).

⁴⁶ J Clough, ‘Bridging the Theoretical Gap: The Search for a Realist Model of Corporate Criminal Liability’ (2007) 18 *Criminal Law Reform* 267,300.

responsabilità, creando dunque una situazione di incertezza che è inaccettabile in ambito penale.

2A(g) L'analisi del caso P&O

Il caso che si considera riguarda il traghetto *Herald of Free Enterprise*, il cui affondamento causò la morte di quasi 200 persone in conseguenza del fatto che le sue porte posteriori si aprirono mentre era in viaggio da Zeebrugge verso Dover. Il primo giudizio, *R v HM Coroner for East Kent, ex parte Peter Spooner & Others*⁴⁷, si riferiva all'appello contro la decisione del *coroner* in merito alla tragedia. La giuria fu invitata dal *coroner* a considerare che la società, *P&O European Ferries*, non era colpevole di *manslaughter* e che insufficienti erano le prove per ritenere P&O responsabile. Malgrado ciò, i giudici assunsero che la società poteva essere chiamata a giudizio per *manslaughter*; in particolare, uno dei giudici, Bingham J., affermò quanto segue:

"I am, however tentatively of the opinion that on appropriate facts the mens rea required for manslaughter can be established against a corporation. I see no reason in principle why such a charge would be established. I am therefore tentatively of the opinion that the coroner's ruling was wrong".

I giudici concordarono con la decisione del *coroner* sul principio di aggregazione, circa la possibilità di considerare prove contro un soggetto valide nei confronti di un altro soggetto indagato. In particolare, il giudice Bingham J. sostenne che:

*"Un procedimento contro un indagato non può essere rafforzato ovvero corroborato da prove contro un altro. Un procedimento contro un ente può essere fatto solo sulla scorta di prove debitamente finalizzate a dimostrare la colpevolezza da parte dell'ente di per sé considerato"*⁴⁸.

Il secondo giudizio riguardò il procedimento penale nei confronti di P&O⁴⁹, società indagata insieme ad altri sette individui; va precisato che la società di trasporto che gestiva il traghetto affondato, l'*Herald of Free Enterprise*, era originariamente la *Townsend Car Ferries Limited*, acquisita da P&O European Ferries sei settimane prima della tragedia.

In dottrina⁵⁰ si fa notare il fatto che, nonostante la società indagata fosse risultata caratterizzata dall'alto al basso della sua gerarchia da avventatezza organizzativa, il giudicante ebbe a statuire che il reato di omicidio non poteva essere attribuito alla società stessa, in quanto tutti coloro che erano coinvolti nella gestione - dai membri del consiglio di amministrazione fino al livello più basso dei *managers* - erano responsabili di errori; ne conseguiva che nessuno degli individui poteva essere identificato come responsabile ai sensi della dottrina della identificazione e, dunque, nessuno poteva essere condannato per il reato di *gross negligence manslaughter*. Ciò costituisce un chiaro esempio della debolezza della dottrina in questione.

⁴⁷ [1987] 3 BCC 636 Q.B.D.

⁴⁸ Come da citazione originale:

"A case against a personal defendant cannot be fortified by evidence against another defendant. The case against a corporation can only be made by evidence properly addressed to showing guilt on the part of the corporation as such".

⁴⁹ [1991] 93 Cr App R 72.

⁵⁰ J Clough, 'Bridging the Theoretical Gap: The Search for a Realist Model of Corporate Criminal Liability' (n 46) 267,300.

2B. Il corporate homicide nella common law scozzese

In Scozia⁵¹, prima del *CMCHA 2007*, vi era stato un solo tentativo della magistratura volto ad incriminare una società per il reato di *culpable homicide*; ciò si era verificato nel caso di *Transco Plc v HM Advocate*⁵², relativo all'esplosione di un condominio per fuoriuscita di gas, che causò la morte di quattro persone. La società che forniva il gas al condominio era la *Transco Plc*. Dalla dottrina, che ha indugiato nella disamina del caso⁵³, viene fatto rilevare che nel corso di diversi anni si era verificato un numero rilevante di fuoriuscite di gas dalla conduttura principale, sicché molti cittadini si erano formalmente lamentati. Malgrado ciò, nessun passo concreto fu adottato al fine di stabilire la portata della corrosione che si era verificata nella conduttura.

Il rinvio a giudizio richiesto nei confronti della società che gestiva il servizio fu rigettato; il caso rimane pur sempre rilevante, in quanto chiarisce la portata del reato di omicidio colposo in *common law*, prima dell'emanazione del *CMCHA 2007*. Viene anche sottolineato in dottrina⁵⁴ che tre fondamentalmente erano le questioni decise dai giudici: (i) l'elemento mentale da considerarsi in un omicidio colposo commesso da una entità societaria; (ii) la competenza a incriminare una *limited liability company* (una sorta di società a responsabilità limitata) di quel crimine; (iii) la rilevanza di quelle accuse.

E' da notare in primo luogo che, in questo caso, la tipologia di omicidio di cui la società era stata accusata era quella di *culpable homicide*. Lord Hamilton nel *decisum* in oggetto così si esprimeva:

"It is plain that culpable homicide of [this] kind can be committed not only where some lawful duty is performed in a culpable way but also where any circumstances a person acts with the requisite degree of culpability and death results".

Dunque, il primo principio di legge stabilito nel caso in esame riguardava il *"degree of culpability"* (grado di colpevolezza) concernente il crimine, per cui veniva richiesto uno specifico stato mentale (*a state of mind*). In merito, Lord Hamilton statui:

"[T]he mental element is and remains a necessary and significant element in the crime of culpable homicide. That element may, of course, be proved in various ways".

⁵¹ Si osserva, nella letteratura comparatistica italiana (A Cadoppi, *Introduzione allo Studio del Diritto Penale Comparato* (CEDAM, Padova 2004) 400), che «*lla common law, intesa come legge non scritta, in Scozia, a differenza che in Inghilterra, la fa ancora da padrona. Non solo l'intera parte generale, ma anche grandi settori della parte speciale del diritto penale sono governati in Scozia da leggi non scritte, ossia da decisioni giurisprudenziali o addirittura da statuizioni dottrinali.*»

In secondo luogo, la *High Court of Judiciary* di Edimburgo (la più alta Corte penale nel sistema giuridico scozzese, finanche indipendente dalla londinese *House of Lords*), è dotata del *declaratory power*, ovvero è facoltizzata a dichiarare esistenti reati prima non disciplinati (A Cadoppi (n 51) 400), ciò in contrasto con il diritto penale inglese in cui la *House of Lords*, sin dal 1972, si è spogliata di ogni potere di creazione di nuove fattispecie penali, nel ben noto caso *Knüller (Publishing, Printing and Promotion) Ltd v DPP* [1973] A.C. 435 (House of Lords).

Per le prerogative del *declaratory power*, si veda CHW Gane, CN Stoddard & J Chalmers, *A Casebook in Scottish Criminal Law* (4th edn W. Green, London 2009) 7,8. Il *declaratory power* è stato esercitato, l'ultima volta, in *William Fraser* (1848) Arkley e in *Charles Sweeney* (1858) 3 Irvine 109. Tuttavia, in più recenti casi, la *High Court* ha sostenuto che tale potere continua ad esistere, pur non essendo stato esercitato in concreto negli ultimi decenni. Cfr. *Kbilig v HM Advocate* 1983 S.C.C.R. 483 and in *Grant Vallan* 1987 S.C.C.R. 402.

⁵² [2004] SLT 41.

⁵³ M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (n 4) 42,45.

⁵⁴ P Ferguson, 'Corporate Culpable Homicide' (n 44) 97,101.

I giudici andarono oltre, al fine di stabilire i modi in cui tale elemento mentale (*mens rea*) poteva essere attribuito a Transco (la società indagata). In dottrina⁵⁵ si fa notare che i giudici investiti del caso (i Lords Hamilton e Osborne) statuirono che la *mens rea* poteva essere attribuita a Transco, meramente utilizzando la “*identification doctrine*” (dottrina di identificazione) cui si era già fatto ricorso nel caso *Tesco Supermarkets v Natrass*⁵⁶ nell’ambito del “finitimo” diritto inglese.

Si può pertanto concludere che, con il caso “Transco”⁵⁷, venne formalmente riconosciuto in Scozia che il *culpable homicide* (omicidio colposo) potesse essere promosso nei confronti di una persona non umana, e ciò astrazione fatta dalla entrata in vigore del *CMCHA 2007*, legge che ha fatto seguito dopo pochi anni al *common law crime* sancito dal caso Transco⁵⁸.

3. Le caratteristiche del nuovo reato “statutario” di *corporate manslaughter* (o di *corporate homicide*)

Si è anticipato sopra che in Scozia il nuovo reato di cui in epigrafe è stato definito *corporate homicide*⁵⁹, laddove in Inghilterra/Galles e Nord Irlanda, per lo stesso reato è stato coniato il termine di *corporate manslaughter*.

E’ importante rilevare che il reato è ascrivibile all’ente direttamente e non agli amministratori di questo (tanto personalmente quanto in forma di responsabilità vicaria). Il nuovo reato di *corporate manslaughter* comporta l’abrogazione, in Inghilterra, del *common law crime* di *manslaughter by gross negligence*, stante l’espressa previsione della *Section 20*⁶⁰.

In tal senso, la *Section 1(3)* del nuovo *Act* prescrive che:

*“An organization is guilty of an offence under this section if the way in which the activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1)”*⁶¹.

A sua volta, la *Section 1(1)* sancisce che:

⁵⁵ J Chalmers, ‘Corporate Culpable Homicide: Transco plc v H M Advocate’ (2004) 8(2) *Edinburgh Law Review* 262,266.

⁵⁶ [1972] AC 153.

⁵⁷ P Ferguson, ‘Corporate Culpable Homicide’ (n 44) 97,101; B Clark & H Langford, ‘A Re-birth of Corporate Killing? Lessons from America in a New Law for Scotland’ (2005) 16(1) *International Law Journal* 28,37.

⁵⁸ A livello puramente manualistico, la rilevanza penale della condotta dell’ente è sintetizzata in dottrina con la affermazione (TH Jones & MGA Christie, *Criminal Law* (n 3) 37) che *«[a] non-human, “legal” person can be prosecuted for an alleged crime»*.

⁵⁹ La *Section 1(5)* del *CMCHA 2007* prescrive letteralmente:

“The offence under this section is called:

(a) corporate manslaughter, in so far as it is an offence under the law of England and Wales or Northern Ireland;

(b) corporate homicide, in so far as it is an offence under the law of Scotland”.

In merito a commenti specifici concernenti il nuovo *Act* del 2007, si vedano fra gli altri: I Ormerod & DR Taylor, ‘The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007’ (2008) *Criminal Law Review* 589,611; R Matthews, *Blackstone’s Guide To The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (OUP, Oxford 2008); M Sopp, ‘The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act’ *Construction Newsletter* 83,93.

⁶⁰ E’ da notare che nulla viene detto circa l’interrelazione in Scozia fra nuovo reato e precedente *common law crime* di *corporate homicide*, sicché deve ritenersi che, in assenza di una espressa previsione legislativa, il *corporate homicide* di matrice non legislativa sussiste ancora in quella giurisdizione.

⁶¹ Un ente quindi è responsabile di un reato, ai sensi del presente articolo, se il modo in cui le attività sono gestite ovvero organizzate dal suo *top management* è un elemento sostanziale nella violazione di cui al comma 1 dello stesso articolo.

“An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised -

a) causes a person’s death; and

b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased”.

Ad estrarre una regola dal combinato disposto dei due anzidetti precetti, potremmo affermare che una organizzazione è responsabile del reato di *corporate manslaughter* se il modo in cui le attività sono gestite ovvero esercitate causano la morte di una persona e ciò per effetto di una grave violazione del relativo dovere di diligenza cui l'organizzazione medesima era tenuta nei confronti della persona deceduta.

Dalla lettura di tali precetti, appare chiaro che il reato presupposto (o meglio, l'evento presupposto, che fa scaturire il reato) è esclusivamente la morte di una persona (*a person's death*), invece che l'articolata serie di reati che sono previsti dalla “231”⁶². In tal senso ed in sede di primo commento, si potrebbe dire che l'ordinamento britannico conferma la sua distanza “abissale” dalla cultura giuridica di *civil law* e, particolarmente, da quella italiana, nelle sue più recenti evoluzioni. Nella legislazione britannica, il legislatore e la *case law* non entrano nel merito della dinamica degli affari, adottando un *laissez-faire* normativo che si limita a sanzionare l'ente solo se la condotta risulta ridondare nel più grave degli scenari (la morte della persona). Nel diritto italiano, la corrispondente disciplina della responsabilità degli enti, eleva al moltiplicatore, anche per effetto dell'intervento giurisprudenziale, l'evento presupposto, introducendo un concetto smisurato di reati rilevanti al fine della responsabilità dell'ente.

E' anche da sottolineare che, nella disciplina britannica, deve essere dimostrato un nesso causale fra la morte e la peculiare grave negligenza (*gross negligence*) alla quale gli organi gestionali (o *senior management* dell'organizzazione) hanno contribuito. Ciò è esplicitato a livello normativo, ma anche rafforzato dottrinalmente da taluni autori⁶³ i quali evidenziano l'elevato grado di complessità dello scenario tratteggiato dal legislatore, atteso che l'ente sarà ritenuto responsabile solo se le modalità in cui le proprie attività sono organizzate o gestite dal suo *senior management* costituiscono un sostanziale elemento di violazione, ai sensi della *Section 1(3)*.

4. Il dovere di diligenza (*duty of care*)

Da alcuni autori⁶⁴ viene enfatizzato che il reato può essere commesso solo se l'organizzazione era tenuta ad un dovere di diligenza nei confronti della persona morta, come inferibile anche dalla lettera della *Section 1(1), lett. (b)* del *CMCHA 2007*⁶⁵.

⁶² I reati-presupposto della “231” sono notoriamente quelli di cui all'art. 2. Si tratta di una gamma amplissima, il cui ambito risulta parzialmente limitato solo dal fatto che il criterio di imputazione è dato dalla circostanza che il reato sia stato commesso, con riferimento all'ente, “*nel suo interesse o a suo vantaggio*.” (N Selvaggi, *L'interesse di un Ente Collettivo quale Criterio di Iscrizione delle Responsabilità da Reato* (Jovene, Napoli 2006) passim. Nello stesso senso, G Lattanzi e P Bastia, *Reati e Responsabilità degli Enti: Guida al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (Giuffrè, Milano 2010).

⁶³ P Ferguson, ‘Corporate Culpable Homicide’ (n 44) 97,101.

⁶⁴ A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 227.

⁶⁵ Più in particolare:

“[...] the way in which its activities are managed or organised [...] amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organization to the deceased.”

La *Section 2(1)* (rubricato «Meaning of “relevant duty of care”») puntualizza tale dovere di diligenza, fondamentalmente riconducibile alla disciplina della responsabilità extracontrattuale (*law of negligence*)⁶⁶, di modo che, in sostanza, un ente è tenuto ad un dovere di diligenza nei confronti della persona deceduta ai sensi delle seguenti ampie categorie: attività di lavoro (*employment*), ed in tal caso il dovere di diligenza sarà osservato nei confronti dei dipendenti che lavorano per l'organizzazione o che eseguono servizi per la stessa; luoghi che vengono occupati dall'impresa (*premises*), ed in tale specifico caso il dovere di diligenza si riconnette al fatto che l'ente occupa tali luoghi e che da ciò può scaturire la morte di una persona; fornitura di beni e di servizi (*supply of goods or services*), atteso che ciascuna di tali attività può tradursi in un danno (anche in questo caso solo la morte) cagionato a terzi⁶⁷. E' lasciato al giudice di decidere se vi è un dovere di diligenza (Matthews, 2008).

5. Nesso causale e violazioni

Si afferma in dottrina⁶⁸ che, una volta appurato che un ente era tenuto al dovere di diligenza, resta da stabilire se, per il modo in cui le attività erano gestite o organizzate, le stesse abbiano causato la morte, con conseguente violazione grave del relativo dovere di diligenza. Secondariamente, deve essere anche appurato se il ridetto modo in cui le attività venivano gestite o organizzate dal *senior management* della società sia stato un elemento sostanziale nella violazione.

Come sottolineato da Pinto in proposito, la violazione da parte del *management* non deve essere stata la sola causa di morte; ciò che rileva è che sia stata la causa.

6. Violazione grave del dovere di diligenza (“*gross breach*”)

Accertato che l'organizzazione era tenuta ad un dovere di diligenza verso la persona deceduta e che il modo in cui le attività erano gestite ovvero organizzate è stata la causa della sua morte, allora sta al giudice di decretare il ricorrere di una violazione grave del dovere di diligenza.

⁶⁶ In tal senso, a livello dottrinale, si veda M Hsaio, ‘Abandonment of the Doctrine of Attribution in favour of Gross Negligence Test in the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2000?’ (2009) 30(4) *Company Lawyer* 110,112.

⁶⁷ A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 230,232.

La formula del legislatore di Westminster (*Section 2(1)*) è la seguente:

“A “relevant duty of care”, in relation to an organisation, means any of the following duties owed by it under the law of negligence -

(a) a duty owed to its employees or to other persons working for an organization or performing services for it;

(b) a duty owed to an occupier of premises;

(c) a duty owed in connection with-

(i) the supply by the organization of goods or services (whether for consideration or not);

(ii) the carrying on by the organization of any construction or maintenance operations;

(iii) the carrying on by the organization of any other activity on a commercial basis;

(iv) the use of keeping by the organization of any plant, vehicle or other thing.

(d) a duty owed to a person who, by reason of being a person within subsection (2), is someone for whose safety the organization is responsible.

⁶⁸ A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 231.

In proposito, la *Section 1 (4)(b)* del *CMCHA 2007* sancisce che:

«[A] breach of a duty of care by an organization is a “gross” breach if the conduct alleged to amount to a breach of that duty falls below what can reasonably be expected of the organization in the circumstances».

Ne consegue che ricorre una grave violazione del dovere di diligenza, che una organizzazione è tenuta ad osservare, allorché tale dovere viene adempiuto in una misura che si situa al di sotto di ciò che, ragionevolmente, può attendersi da un ente in tali circostanze.

In particolare, il giudice (la *jury*) dovrà considerare, in base alle prove fornite, se l'ente sia stato inadempiente nel conformarsi alla legislazione sulla salute e sulla sicurezza relativa all'asserita violazione, e, se ciò risulta essersi verificato, quanto serio fosse l'inadempimento e in quale misura il rischio di morte sia stato valutato⁶⁹.

Il giudicante, d'altro canto, ha un certo potere discrezionale, in quanto, al fine di considerare che vi sia stata una violazione grave, potrà tenere in considerazione le tipologie di sistemi, le pratiche, le politiche adottate dall'ente, in particolare ove le stesse possano aver incoraggiato la violazione⁷⁰ nonché, ai sensi della *Section 8(4)*, ogni altra materia che possa ritenersi rilevante⁷¹.

7. Il test del cd. *senior manager failure*

Si ribadisce che una organizzazione sarà responsabile di *corporate manslaughter* (ovvero *corporate homicide* in Scozia), solo se il modo in cui le attività sono state gestite ovvero organizzate dall'alta dirigenza costituiscono un sostanziale elemento (*gross breach*) di valutazione della violazione⁷². In tal senso, il *test* in parola (*senior manager failure*, ossia la violazione ovvero l'inosservanza da parte degli alti dirigenti dell'ente) non è del tutto nuovo e sembra coincidere con la tradizionale *identification doctrine* già sviluppata nella *common law*. Da parte della dottrina⁷³, si sostiene che con il nuovo *test* nulla è cambiato nelle tradizionali tematiche che erano state sollevate prima del *CMCHA 2007*, atteso che la dottrina della identificazione (*identification doctrine*) esistente nella *common law* è stata semplicemente sostituita con quella del “*management identification test*” (dunque, il *test* di identificazione del *management*);

⁶⁹ In merito, la *Section 8(2)* del *CMCHA 2007* prescrive:

“The jury must consider whether the evidence shows that the organisation failed to comply with any health and safety legislation that relates to the alleged breach, and if so -

(a) How serious that failure was;

(b) How much of a risk of death it posed”.

⁷⁰ Al riguardo, si afferma alla *Section 8(3)*:

“The jury may also -

(a) consider the extent to which the evidence shows that there were attitudes, policies, systems or accepted practices within the organisation that were likely to have encouraged any such failure as is mentioned in subsection (2), or to have produced tolerance of it;

(b) have regard to any health and safety guidance that relates to the alleged breach”.

In chiave esegetica, si potrebbe affermare che la presenza di un modello organizzativo inadeguato può essere di per sé considerato un indice di debolezza, in quanto potrebbe aver agevolato la grave violazione.

⁷¹ Letteralmente: *“This section [Section 8: n.d.t.] does not prevent the jury from having regard to any other matters they consider relevant”.*

⁷² A Pinto and M Evans, *Corporate Criminal Liability* (n 27) 232.

⁷³ FB Wright, ‘Criminal Liability of Directors and Senior Managers for Deaths at Work’ (2007) *Criminal Law Review* 949,968.

pertanto, a dire di tale linea di pensiero, una vera virata nella riforma è lungi dall'essersi verificata.

Malgrado ciò, la medesima dottrina non fa a meno di enfatizzare una novità all'interno del testo legislativo del *CMCHA 2007* che, al fine della individuazione della persona responsabile in seno all'organo societario, ha previsto un livello minimo di ruolo o di funzione che le persone responsabili all'interno dell'azienda devono ricoprire, e che si identifica in quello di *senior management*; ciò in parziale contrasto con il testo originale del *Law Commission Report* del 2000, il quale semplicemente richiedeva un "*management failure*", senza specificare il grado di *seniority*.

Si riscontra, inoltre, un ulteriore elemento di novità: a differenza della *common law*, il *CMCHA 2007* consente l'aggregazione delle azioni e delle responsabilità di diversi individui (Pinto, 2007), il che suggerisce che un singolo *manager* non necessariamente deve essere identificato, essendo sufficiente l'inosservanza collettiva (più *managers* che agiscono congiuntamente). In proposito, si è arguito⁷⁴ che, ai sensi della nuova disciplina, le società indagate verrebbero più facilmente ritenute colpevoli, laddove con la precedente *common law* vi sarebbero più assoluzioni⁷⁵.

D'altra parte, la definizione di "*senior management*" (ovvero alta dirigenza, a trovare un corrispondente italiano) potrebbe risultare più ampia se comparata con quella della precedente teoria del "*directing mind*", già sviluppata in *common law*. In uno specifico *report* circolato prima della emanazione della legge in parola⁷⁶, fu di contro ritenuto che la definizione era troppo stretta e sarebbe stata facilmente utilizzata dalle società quale mezzo di difesa. Un esempio è stato anche fornito: una società di costruzioni potrebbe sfuggire a responsabilità sulla scorta del fatto che i propri *managers*, probabilmente *senior* a quel livello, erano in realtà a minor livello se comparati con un'altra area organizzativa di quella stessa società.

Per altri, tuttavia, la definizione stessa non significa altro che una estensione della dottrina di identificazione, tale da permettere l'aggregazione della condotta di un maggior numero di alti dirigenti. (Pinto, 2008). Dunque, le Corti possono incontrare gli stessi problemi ai sensi della *common law* al fine di determinare "*the directing mind of the company*" (la mente che dirige l'organismo societario).

Una ulteriore critica del *test* del "*senior management failure*" è fatta propria in dottrina da chi⁷⁷ enfatizza che il *management failure* è in definitiva un inadempimento in cui incorre l'intera società, a qualunque livello emerga, di *senior*, di *middle* o di *junior*. Ed infatti, vi è chi sottolinea⁷⁸ che la nuova norma ha fatto sì che molte società trasferissero materie concernenti la salute e la sicurezza verso la bassa dirigenza (*junior management*) sì da escludere la responsabilità del *senior management*.

Al di là di tale stratagemma, è indubbio che, nel delineato scenario normativo, le indagini saranno più ampie ai sensi del nuovo *CMCHA 2007*.

⁷⁴ E Mujih, 'Reform of the Law on Corporate Killing: a Toughening or Softening of the Law?' (n 4) 76,83.

⁷⁵ Un esempio di ciò sarebbe *P & O European Ferries (Dover) Ltd* [1991] 93 Cr App R 72 ove errori congiunti fatti da *senior officers*, allora ritenuti non rilevanti, avrebbero potuto essere aggregati, ai sensi della nuova normativa.

⁷⁶ T&G Scotland, 'Response to the Scottish Executive Expert Group on Corporate Homicide' (2005) (cited 20 December 2008) Available from

<URL:<http://www.scotland.gov.uk/Topics/Justice/criminal/Corporate/TandG>

T&G.

⁷⁷ E Mujih, 'Reform of the Law on Corporate Killing: a Toughening or Softening of the Law?' (n 4) 76,83.

⁷⁸ M Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance* (n 4) 147,148.

8. Profili soggettivi

Rilevante risulta la differenza esistente, sotto il profilo soggettivo, fra *CMCHA 2007* e “231”, atteso in particolare che nella disciplina nostrana gli enti di natura pubblica sarebbero sottratti alla responsabilità amministrativa⁷⁹.

La *Section 1(1)* del *CMCHA 2007* riferisce il reato di corporate *manslaughter* alle organizzazioni (*organisations*)⁸⁰, le quali vengono definite in modo precipuo alla *Section 1(2)*, di guisa che le entità imputabili, ai sensi della disciplina, potranno essere fondamentalmente le seguenti:

1. Una *corporation*, dunque una entità societaria di capitali organizzata, quale la *limited company* ovvero la *public limited company*, ai sensi del *Companies Act 2006*;
2. Un ente governativo o amministrativo, fra quelli elencati in uno specifico allegato dell'*Act (lo Schedule 1)*⁸¹;
3. Un forza di polizia (*police force*);
4. Una società di persone⁸², ovvero una organizzazione sindacale (*trade union*) ovvero un ente datoriale (*employer's association*), nella misura in cui siano datori di lavoro.

Apprezzabile appare la seconda categoria (*department or other body listed in Schedule 1*), per due ordini di ragioni: in primo luogo, da un punto di vista comparatistico, in quanto mette in luce che, nel Regno Unito, l'organismo pubblico viene messo sullo stesso piano di quello privato, a differenza dell'ordinamento italiano, in cui il primo gode di illimitata impunità; in secondo luogo, per essere la lista degli enti imputabili di tipo aperto e quindi aggiornata tempo per tempo. Attualmente, nella lista degli enti governativi, compaiono i diversi Ministeri (i *Departments*) del governo centrale britannico nonché i diversi enti governativi regionali (ad esempio, in Galles il Governo dell'Assemblea Gallese; in Scozia il Governo Scozzese)⁸³. Non del tutto chiara

⁷⁹ L'art. 1, comma 3, della “231” espressamente prevede quanto segue:

«Non si applicano [le disposizioni della “231”] allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

E' noto peraltro che più recentemente è stata espressamente statuita l'estensione della “231” a società cui erano state trasferite funzioni prima esercitate a mezzo di enti pubblici territoriali (cfr. Cassazione, 10 gennaio 2011, n. 234) come anche a società miste, in particolare a S.p.A. partecipate tanto da capitale privato quanto da capitale pubblico (Cfr. Cassazione, 21 luglio 2010, n. 28699).

⁸⁰ Per contro, la disciplina italiana stabilisce, all'art. 1, comma 2, della “231”, che le disposizioni di cui al decreto medesimo si applichino «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica».

Nell'ordinamento britannico, sia di Inghilterra/Galles sia di Scozia, le *corporations* (tanto le *Limited*, a ridotta capitalizzazione, quanto le *Plc [Public Limited Companies]*, quest'ultimo soggetto di diritto ad elevata capitalizzazione), sono disciplinate dal *Companies Act 2006* e sono entrambe le tipologie dotate di piena personalità giuridica. D French, S Mayson & C Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law* (27th edn OUP, Oxford 2010) 5,9; P Davies, *Principles of Modern Company Law* (8th edn Thomson/Sweet & Maxwell, London 2008) 3,150.

⁸¹ La lista è così ampia che non si può che rimandare alla stessa. Incidentalmente, si può notare che vi sono tutti gli uffici governativi, tanto centrali (ad esempio, il *Ministry of Defence*) quanto locali, per effetto di devoluzione, come ad esempio lo *Scottish Executive*. Vi sono anche Organi non-governativi centralizzati, quali i *National Archives*.

⁸² Nell'ordinamento britannico le *partnerships* sono solitamente a responsabilità illimitata e sono disciplinate dal *Partnership Act 1890*; il *Limited Liability Partnerships Act 1907* prevede una ulteriore tipologia di soci (*partners*), in cui alcuni possono essere illimitatamente responsabili, altri responsabili in via limitata. Da ultimo, il *Limited Partnerships Act 2000* ha introdotto una terza tipologia, la LLP, la quale ha propria personalità giuridica sebbene i soci non siano direttamente responsabili delle obbligazioni della società (per tutti, si veda D French, S Mayson & C Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law* (n 80) 9,11).

⁸³ Trattandosi di vera e propria devoluzione (*devolution*), soprattutto nel caso scozzese, si dovrebbe forse parlare di enti di tipo nazionale, piuttosto che centrali.

appare per contro l'esclusione dei governi locali (i cd. *Councils*, entità simili ai comuni italiani, ma con estensione che in alcuni casi è maggiore delle stesse regioni), a meno che, in via molto lata, non si considerino gli stessi ricompresi nel *Department for Communities and Local Governments*, ossia nel dipartimento delle comunità e governi locali.

Infine, sempre sotto un profilo soggettivo, è da notare che il nuovo reato di *corporate manslaughter* è strettamente riferibile alla società, senza possibilità alcuna che forme di concorso (la cd. *conspiracy*) siano ammesse. Ciò è chiaramente enfattizzato dalla *Section 18* del *CMCHA 2007* (rubricata "*No individual liability*") secondo cui:

*"An individual cannot be guilty of aiding, abetting, counselling or procuring the commission of an offence of corporate manslaughter"*⁸⁴.

9. Le sanzioni

In punto di diritto, anche nel Regno Unito - del pari che in Italia - i tradizionali problemi di identificazione, in ambito societario, del soggetto penalmente responsabile di un reato si riflettono sulla tipologia di pena prevista. A tale riguardo, la *Section 9* del *CMCHA 2007* (rubricata "*Power to order breach etc to be remedied*") fa genericamente riferimento ai rimedi (*remedies*), lasciando tuttavia all'organo giudicante ampio spazio discrezionale circa la specifica sanzione da irrogare, pur nell'ambito di tipologie di massima identificate dalla legge.

Il legislatore britannico, consapevole del fatto che è incompatibile con un soggetto giuridico la tradizionale sanzione detentiva, individua in modo creativo altri strumenti volti nondimeno a sanzionare penalmente l'ente colpevole⁸⁵; fra questi, si ricordano: (i) la possibilità per la Corte di richiedere all'ente di adottare misure per rimediare alla violazione; (ii) il potere della stessa Corte di richiedere all'ente colpevole di ovviare ad ogni situazione ovvero tematica che abbia causato la violazione e la conseguente morte; (iii) il potere dell'organo giudicante di porre rimedio ad ogni possibile deficienza che si sia verificata nei sistemi, nelle pratiche ovvero nelle politiche dell'organizzazione, delle quali la violazione appare elemento speculare⁸⁶.

⁸⁴ In merito alla giurisdizione scozzese, stesso principio è affermato al secondo comma della medesima *Section 18*.

⁸⁵ In Italia, il fatto che la sanzione sia, nel diritto penale, tradizionalmente antropocentrica, dunque ritagliata a misura d'uomo, ha impedito in passato che la dottrina, anche nel commentare la disciplina della "231", si spingesse oltre le Colonne d'Ercole della rigida qualificazione della responsabilità dell'ente quale meramente amministrativa.

Sull'accentuato carattere antropomorfo ed antropocentrico della responsabilità dell'ente, si veda, fra gli altri, l'analisi ricostruttiva di G De Simone, 'I Profili Sostanziali della Responsabilità c.d. Amministrativa degli Enti: la "Parte Generale" e la "Parte Speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n 231', in G Garuti (ed), *Responsabilità degli Enti per Illeciti amministrativi Dipendenti da Reato* (CEDAM, Padova 2002) 61.

⁸⁶ Il precetto della *Section 9(1)* prescrive testualmente:

"A court before which an organisation is convicted of corporate manslaughter or corporate homicide may make an order (a "remedial order") requiring the organisation to take specific steps to remedy -

(a) The breach mentioned in section 1(1) (the "relevant breach");

(b) Any matter that appears to the court to have resulted from the relevant breach and to have been a cause of the death;

(c) Any deficiency, as regards health and safety matters, in the organization's policies, systems or practices of which the relevant breach appears to the court to be an indication.

In ogni caso, la Corte che irroga la sanzione agisce su impulso dell'organo requirente, il quale dovrà specificare i termini della sanzione proposta, sebbene sia la Corte ad avere potere discrezionale avendo riguardo ai fatti e alle prove che vengono addotte⁸⁷.

A sensi della *Section 9(4)*, l'ordine della Corte dovrà specificare il periodo entro il quale le misure imposte all'ente responsabile devono essere adottate. Lo stesso ordine può imporre all'organizzazione di fornire all'organo requirente, entro uno specifico periodo, prova che le misure prescritte siano state assunte⁸⁸.

Lascia peraltro riflettere la norma di chiusura della *Section 9(5)* secondo cui l'organizzazione che risulta inadempiente nel conformarsi all'ordine della Corte è responsabile di un reato e passibile di una condanna ad una multa, il cui importo non è precisato. In sostanza, si verifica una situazione alquanto paradossale e contraddittoria: sebbene la *Section 1* parli di "offence" al verificarsi di una morte causata dalla seria violazione di regole di condotta poste a carico di un ente, in realtà tale violazione non fa scaturire una vera e propria sanzione penale (per come intesa nell'ordinamento italiano, dunque una sanzione detentiva e/o pecuniaria), quanto piuttosto un mero ordine a porre rimedio a quella condotta, ai sensi della successiva *Section 9*. Peraltro, il *remedial order*, la sanzione amministrativa secondo le categorie giuridiche italiane⁸⁹, di per sé potrebbe essere una sanzione penale, ad

⁸⁷ Ai sensi della *Section 9(2)*:

«A remedial order may be made only on an application by the prosecution specifying the terms of the proposed order. Any such order must be on such terms (whether those proposed or others) as the court considers appropriate having regard to any representations made, and any evidence adduced, in relation to that matter by the prosecution or on behalf of the organization».

⁸⁸ Più precisamente, alla luce del tenore dell'articolo in parola:

«A remedial order -

(a) must specify a period within which the steps referred to in subsection (1) are to be taken;

(b) may require the organization to supply to an enforcement authority consulted under subsection (3)m within a specified period, evidence that those steps have been taken».

⁸⁹ Ciò anche alla luce del noto precetto dell'art. 27, comma 1, della Costituzione italiana, ai sensi del quale "la responsabilità è personale". A ricostruire il dibattito, fra i tanti, si veda EM Ambrosetti, E Mezzetti e M Ronco, *Diritto Penale dell'Impresa* (2 ed Bologna, Zanichelli 2009) 36. Gli A. sottolineano che, "sulla base di tale norma, si è sostenuto che ammettere la responsabilità dell'ente, e dunque di un soggetto evidentemente diverso da quello che ha posto in essere la condotta costituente reato, contrasterebbe con il diritto costituzionale".

A sostenere alquanto esplicitamente la natura penale della responsabilità scaturente dalla "231", si richiamano quegli autori (M Ceresa-Gastaldo, *Il "Processo alle Società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (Giappichelli, Torino 2002) 4), i quali affermano che "all di là dell'etichetta, le nuove figure di illecito tradiscono la loro natura sostanzialmente penale."

Fra gli assertori della tesi negativa (la responsabilità di un ente non può essere penale), si ricordano A Fiorella, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in A Fiorella e G Lancellotti (eds), *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato: commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300 ed al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: presupposti della responsabilità e modelli organizzativi* (Giappichelli, Torino 2004). Sul medesimo "fronte concettuale", vi è chi (P de Felice, *La Responsabilità da Reato degli Enti Collettivi* (n 6) *passim*) ricondurrebbe ciò alla stessa sentenza delle Corte Costituzionale n. 364/88, secondo cui "si deve espungere ogni possibile riferimento del fatto all'individuo in base ad un principio di responsabilità oggettiva o, quanto meno, essa sottende la necessità di un giudizio di rimproverabilità dei fatti al soggetto persona-fisica ai fini della sua punibilità".

L'argomento, tuttavia, non sembra persuadere; anche da un punto di vista comparatistico, si può evidenziare che (i), in altri ordinamenti la responsabilità dell'ente è ormai del tutto disarticolata o, meglio, non confusa con il principio di responsabilità oggettiva. (ii) Sia permesso di aggiungere, a ribattere ulteriormente tale tesi, che il concetto di persona è coerente tanto con la persona fisica che con quella giuridica; se il precetto costituzionale avesse voluto escludere dalla responsabilità penale le persone giuridiche, avrebbe forse fatto riferimento a "individuo", piuttosto che a "persona". A rafforzare tale osservazione si veda I Caraccioli, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale* (2 ed Padova 2005) 125.

Si può comunque ritenere anche, come adombrato da taluni A. (A Lanzi & S Putinati, *Istituzioni di Diritto Penale dell'Economia* (n 6) 243) che la responsabilità penale degli enti costituisca una terza via, compatibile con la Costituzione. Più precisamente: «La "terza via", a cavallo tra le due tradizionali forme di responsabilità, è stata, del resto, tracciata

utilizzare le categorie giuridiche di oltre Manica, ove il punishment (la sanzione) viene tradizionalmente associata a multiformi meccanismi di reazione, non necessariamente consistenti nella afflizione fisica (*physical suffering*) e/o nella multa (*fines*) ma anche in forme più moderne e flessibili quali l'attribuzione di un compenso alla vittima (*award of compensation to victim*), gli ordini di custodia (*probation orders*), i servizi in comunità (*community service orders*)⁹⁰.

A voler dunque riassumere, diremo che:

- a) Da un punto di vista sostanziale, la commissione di un reato di cui alla *Section 1(1)* del *CMCHA 2007* costituisce fatto penale;
- b) Dalla commissione del reato di cui alla *Section 9(1)*, scaturiscono due sanzioni, entrambe di carattere penale ed entrambe adattate alle caratteristiche per definizione non antropomorfe dell'ente colpevole;
- c) Una prima sanzione è il rimedio che l'organo decidente chiede di adottare all'ente colpevole;
- d) La seconda, riflesso della prima, in quanto connessa alla mancata osservanza dell'ordine della Corte di cui alla precedente lettera c), fa scaturire la vera e propria sanzione penale, di tipo tuttavia pecuniario, date le caratteristiche dell'ente di soggetto inanimato.

da chi auspica da tempo la creazione di un nuovo diritto sanzionatorio per le società, in ragione delle conseguenze estremamente dannose che alcuni reati possono comportare.» Gli stessi A. sembrano tuttavia concludere che la disputa sulla natura delle responsabilità sia "inutile", «nella piena consapevolezza della inadeguatezza sia del modello amministrativo, sia del modello penale, nello "spiegare" tale forma di responsabilità» (A Lanzi & S Putinati, *Istituzioni di Diritto Penale dell'Economia* (n 6) 245).

In realtà, anche alla luce della esperienza britannica, si può ritenere che la responsabilità di cui alla "231" degli enti è puramente penale e ciò non sembra contrastare con il fatto che il modello sanzionatorio pensato dal codice civile sia ritagliato sulla persona fisica; nulla esclude, nemmeno il precetto costituzionale italiano, che il modello sanzionatorio relativo ad un reato commesso da un ente possa adattarsi alle caratteristiche di quest'ultimo, con enfasi attribuite alle sanzioni pecuniarie e interdittive, piuttosto che a quelle privative della libertà personale.

Sul punto - carattere penale ovvero amministrativo ovvero *tertium genus* della responsabilità di cui alla "231" - si veda anche G De Vero, *La Responsabilità dell'Ente Collettivo Dipendente da Reato: Criteri di Imputazione e Qualificazione Giuridica*, in G Garuti (ed), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato* (CEDAM, Padova 2002) 3,55; G De Simone, *I Profili Sostanziali della Responsabilità c.d. Amministrativa degli Enti: la "Parte Generale" e la "Parte Speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231* (n 85) 57,125; S Vinciguerra, *Quale specie di illecito?*, in S Vinciguerra, M Ceresa-Gastaldo & A Rossi (eds), *La Responsabilità dell'Ente per il Reato Commesso nel suo Interesse* (D.Lgs. n. 231/2001) (CEDAM, Padova 2004) 183,222; A Presutti, A Bernasconi, C Fiorio, *La Responsabilità degli Enti: un Commento Articolo per Articolo al D. lgs. 6 giugno 2001, n. 231* (CEDAM, Padova 2008) 11; A Giarda, G Spangher, *Codice di Procedura Penale Commentato* (IPSOA, Milano 2007); A Patrono, *Verso la Soggettività Penale di Società ed Enti* 2002) *RTDPE* 183.

⁹⁰ Senza pretesa di esautività, si ricorda che nella *common law* si afferma che "*there are more anodyne alternatives [to the fines and physical suffering] - which include probation orders, community service orders and awards of compensation to victims.*" (TH Jones & MGA Christie, *Criminal Law* (3) 5).

Più efficacemente che in Italia, la dottrina anglo-sassone evidenzia che il carattere distintivo del giudizio reso da un giudice penale siede nel fatto che vi è una formale pronuncia di illecito commesso dal colpevole e ciò risponde ad una condanna di tipo morale dell'intera collettività (qualunque sia la tipologia di sanzione irrogata, compresa quella pecuniaria), laddove nella pronuncia civile, anche nell'ipotesi in cui la parte perdente sia tenuta a pagare, la pronuncia è scevra da ogni qualificazione etica e la sua eco è limitata alle parti, e non a soggetti estranei al giudizio. Nella sintesi offerta mirabilmente da Hart (HM Hart, *The Aim of the Criminal Law* (1958) 23 *Law and Contemp Probs* 401, 424), si precisa che "*conduct which, if duly shown to have taken place, will incur a formal and solemn pronouncement of the moral condemnation of the community.*"

Differisce fortemente da tale visione l'impostazione italiana, ove si accentua la peculiare tripartizione delle responsabilità, penale, amministrativa e da "231". Ad esempio, la responsabilità penale verrebbe definita come "*caratterizzata dalla commissione da parte di un soggetto-persona fisica di un fatto di reato tipico, antigiuridico e colpevole, il cui regime sanzionatorio si fonda sulle sanzioni, detentive e pecuniarie di natura principale, ovvero di natura accessoria, di cui alla codificazione penalistica, direttamente comminate [...] all'autore dell'illecito [...]*". Cfr A. Rossi, *Le Sanzioni dell'Ente*, in S Vinciguerra, M Ceresa-Gastaldo & A Rossi (eds), *La Responsabilità dell'Ente per il Reato Commesso nel suo Interesse* (n 89) 32.

10. Conclusioni

L'analisi condotta ha portato a evidenziare elementi di assonanza ma anche di profonda divergenza fra disciplina italiana e britannica in tema di responsabilità penale degli enti costituiti in forma societaria.

In primo luogo, si ritiene di aver fornito una interpretazione della recente disciplina del *Bribery Act 2010*. Quest'ultima costituisce esclusivamente una precisazione dei reati di corruzione attiva commessi da enti britannici nei confronti di pubblici ufficiali tanto britannici quanto di altri paesi; peraltro il *Bribery Act 2010* non costituisce esattamente la traslazione in ambito britannico della nostrana "231".

Nel Regno Unito, la responsabilità penale degli enti (e dunque una forma di "231", peraltro molto addomesticata, alla luce delle considerazioni di cui sopra), fa il proprio ingresso nella *statutory law*, dopo i tentativi non perfettamente riusciti della *common law*⁹¹, attraverso la figura dell'"omicidio societario"; quest'ultimo è una forma di crimine (violazione di natura penale, e non semplicemente amministrativa)⁹² attribuibile all'ente societario (in deroga al principio che pure è accolto in *common law* secondo cui "*societas delinquere non potest*"), soltanto in connessione con l'evento morte (*death*, come chiaramente precisato dalla *Section 1(1)* del *CMCHA 2007*), il quale sia scaturito da una condotta negligente dell'ente, ove sia accertato che quell'ente fosse tenuto ad un obbligo di diligenza *vis-à-vis* la persona deceduta.

Nella "231" italiana, per contro, l'evento presupposto (o meglio i reati-presupposto) sono costituiti dal complesso e articolato teorema di cui all'art. 2 della medesima legge molto più ampio del *CMCHA 2007*, sebbene anche nel modello italiano si assuma che debba essere stato violato un certo dovere di condotta da parte dell'ente, affinché lo stesso possa essere ritenuto responsabile.

Per le caratteristiche sopra evidenziate e per le critiche esposte, la disciplina dell'omicidio societario britannico si conferma essere una disciplina più blanda di quella italiana, meno invasiva di questa e, forse (ma la considerazione appare vagamente sociologica e metagiuridica) più rispettosa del *business*, ossia della normale dinamica degli affari, di per sé vista in senso positivo quale forma di benessere di una collettività. In Italia la disciplina della "231", con la sua categorizzazione di numerosi reati-presupposto risulta invece essere disciplina dal vago sapore repressivo, facile a strumentalizzazioni giudiziarie, molto invasiva e poco rispettosa della dinamica degli affari.

Il rovescio della medaglia, nella comparazione fra Italia e Gran Bretagna riferita alla materia in questione, è però costituito dalla tutela dei terzi e, in particolare, dei soggetti per definizione deboli (i consumatori, *in primis*, ma in generale i cittadini); il modello britannico, "flessibile" per coloro che organizzano il *business* (i principali *stakeholders*, proprietà e *managers*), offre una tutela molto scarsa per coloro che fruiscono dei servizi dell'azienda, e che da questa siano stati danneggiati per una violazione del Modello Organizzativo; per contro, la legislazione italiana, almeno nella sua configurazione teorica e al di là di ogni considerazione afferente l'efficienza

⁹¹ Si veda sopra l'analisi di cui al Capitolo 2.

⁹² In tal senso, le conclusioni che si sono tratteggiate sopra in merito al carattere penale delle violazioni del *corporate manslaughter* di "oltre Canale", potrebbero essere un utile spunto comparatistico in Italia, al fine di superare un dibattito nostrano forse sterile, quello cioè se la "231" debba ritenersi disciplina amministrativa ovvero penale. E' evidente che, da quanto sin qui esposto, la responsabilità di un ente può essere anche penale, e che la stessa non pone problemi di compatibilità con l'art. 27, comma 1, della Costituzione, ove questo precetto sia correttamente interpretato.

della macchina burocratico-giudiziale (notoriamente fra le più problematiche al mondo), sembra rientrare tra quelle meglio attrezzate nell'ottica di assicurare che i diritti dei singoli siano tutelati sotto l'egida sovrana del principio di giustizia⁹³.

Sempre sotto un profilo di diritto comparato, colpisce il fatto che la disciplina britannica, meno debole nel modellare l'elemento oggettivo del reato (l'omicidio societario, appunto), è molto più rigorosa nella sua portata soggettiva, atteso che non solo gli enti privati, ma anche - e soprattutto - quelli di natura pubblica possono essere ritenuti responsabili della relativa violazione⁹⁴ e, pertanto, condannati; circostanza questa che riflette una diversa cultura giuridica, essendo quella anglo-sassone storicamente incentrata su di un rapporto paritario cittadino-pubblica amministrazione⁹⁵, a differenza dei modelli latini in cui il pubblico - e in generale l'autorità - costituiscono il soggetto forte della relazione, sì da sottrarlo per definizione - e molto discutibilmente - alla stessa imputabilità.

Non solo: le difficoltà concettuali della dottrina italiana a definire coraggiosamente quale "penale" la disciplina della responsabilità dell'ente e il tentativo di rifugiarsi per contro nella più astrusa definizione di responsabilità amministrativa derivante da reato potrebbero essere finalmente superate, considerato che nei Paesi di *common law*, ove pure vige il principio secondo cui *societas delinquere non potest*⁹⁶, tale responsabilità penale la si ammette da tempo - e la si conferma ora con il *CMCHA 2007* - nella fattispecie dell'omicidio societario (o *corporate manslaughter*). Pertanto, sulla scorta di tale analisi comparata, si potrebbe affermare con forza che la "231" costituisce vera e propria responsabilità penale dell'ente.

Da ultimo e sotto un profilo metagiuridico, l'analisi del *corporate manslaughter* può essere vista quale paradigma della interazione Stato - cittadino nei due Paesi; in Italia, vi sono più condanne non necessariamente perché questo è il Paese del crimine, quanto piuttosto perché - e lo potrebbe dimostrare la disamina della nuova disciplina del *CMCHA 2007* - nella giurisdizione nostrana assumono rilevanza penale condotte che in altri Paesi sono ben lungi dal costituire reato (ad esempio, la miriade di reati-presupposto della "231" i quali, nella legislazione britannica, si riducono laconicamente ad una sola ipotesi ovvero evento, *i.e.* la morte della persona). Nel Regno Unito, per contro, il numero limitato - se non inesistente - di condanne ai sensi della disciplina del *corporate manslaughter*, nei suoi 4 anni di applicazione, si spiega

⁹³ A voler inferire dalle regole - britanniche ed italiane - oggetto di comparazione potremmo affermare che un imprenditore che voglia iniziare una attività di impresa sembra più incoraggiato a farlo nel Regno Unito, in quanto minori potrebbero essere le frizioni con regole repressive di natura penale commerciale, particolarmente per quelle concernenti la responsabilità penale dell'ente attraverso cui lo stesso esercitasse la sua attività; per contro, in quel Paese, un normale cittadino, eventualmente leso nei suoi diritti, avrebbe certamente minori possibilità di adire con successo le vie legali, in quanto diverse condotte, le quali sono ritenute in Italia penalmente rilevanti, risulterebbero in quel Paese medesimo, meramente ascrivibili a controversie private.

⁹⁴ In Italia, l'art. 1, comma 3, espressamente lo esclude.

⁹⁵ In proposito, non si coglie appieno la ragione per cui in Italia, ove la dottrina ha sollevato più volte il possibile contrasto fra la "231" e la natura penale della responsabilità dell'ente societario (sulla scorta della possibile violazione dell'art. 27, comma 1, della Costituzione), mai è stata rimarcata, a quanto consta, la possibile violazione da parte del medesimo *corpus* normativo del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. E' evidente che enti collettivi, in quanto pubblici, sono sottratti a responsabilità di cui alla "231", ad onta del fatto che le condotte illecite siano identiche. Ciò è evidentemente un vantaggio competitivo per gli enti pubblici, il quale a ben vedere non sembra avere una vera e propria giustificazione. Il principio di eguaglianza, soprattutto in una visuale comunitaria, dovrebbe valere non solo fra persone fisiche, ma anche fra persone giuridiche, ed incontrovertibilmente tale possibile profilo di illegittimità non viene rilevato dalla dottrina in Italia.

⁹⁶ Che il principio del "*societas delinquere non potest*" sia una fortezza sotto assedio a livello europeo, oltre che in *common law*, è evidenziato dalla stessa dottrina italiana. Cfr. G De Simone, 'I Profili Sostanziali della Responsabilità c.d. Amministrativa degli Enti: la "Parte Generale" e la "Parte Speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 N. 231' (n 85) 65,72.

col fatto che in quell'ordinamento diverse condotte, che sarebbero criminali in Italia, costituiscono mera disputa privata fra le parti⁹⁷.

In relazione a quanto sin qui esposto e per trarre considerazioni conclusive, è da chiedersi se la Gran Bretagna è Paese più permissivo, mentre l'Italia Paese repressivo e sanzionatorio. Non si ritiene peraltro corretta quest'ultima argomentazione riferita all'Italia: vi sono elementi, nella presente disamina, tali da far ritenere che certi stereotipi (i *gentlemen* britannici *versus* i "mafiosi" italiani) dovrebbero essere esaminati meglio, tenendo conto della sostanza, piuttosto che dell'apparenza. L'impresa a Londra o Edimburgo non sembra differire significativamente, nel suo agire, dalla sua corrispondente in Italia; tuttavia, la categorizzazione di quest'ultima in termini virtuosi sembra più ardua, solo in quanto è più probabile che l'ente collettivo, a latitudini padano-mediterranee, rimanga imbrigliato nelle strette maglie delle leggi penali, a causa della forte espansione che il legislatore italico fa della fattispecie criminosa. L'analisi della "231" britannica (dunque, il *CMCHA 2007*) di cui alla presente nota ne fornisce una eloquente ragione per gli enti esercitati in forma collettiva; verosimilmente, una comparazione estesa a tutte le norme di tipo penale commerciale, nell'uno e nell'altro Paese, come anche all'impresa individuale, porterebbe molto probabilmente alla medesima conclusione.

⁹⁷ Nel mentre si scrive si apprende, da notizie di stampa, che il primo provvedimento ai sensi del *CMCHA 2007* è stato emanato (<http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article6155777.ece>; estratto il 17 aprile 2011). Si tratta del provvedimento di condanna di una impresa (la *Cotswold Geotechnical Holdings*) del 15 febbraio 2011. Alex Wright era un geologo all'inizio della sua carriera (dunque: *junior professional*) che lavorava per CGH; morì, il 5 settembre 2010, nel corso di una ispezione di uno scavo profondo circa 3,5 metri, privo di supporto in quanto appena perforato. Lo scavo era funzionale alla creazione di fondamenta per nuovi edifici volti a sviluppare una nuova area edificabile. Nel corso della sua ispezione, il terreno sovrastante lo scavo cedette e lo travolse, uccidendolo per soffocamento. La società fu ritenuta responsabile di *corporate manslaughter* (il caso è inglese e non scozzese), in quanto la stessa era stata inadempiente: la società ignorava l'esistenza di ben riconosciute linee-guida nel settore, le quali prevedono che l'ingresso da parte di personale *junior* in scavi di profondità superiore a 1,2 metri è ritenuto totalmente pericoloso e contrario a norme di diligenza professionale.

IL MODELLO ESIMENTE PER L'ENTE OPERANTE NEL SETTORE SOCIO SANITARIO

Dott. Lucio G. Insinga, Dottore Commercialista Revisore Contabile, Docente a contratto
Università La Tuscia

Avv. Paolo Pisani, Avvocato - Docente a contratto Università Cà Foscari

1. Premessa

A circa 10 anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 che ha introdotto il principio secondo il quale anche le società possono delinquere, i soggetti apicali degli enti che hanno maturato la consapevolezza di voler adottare volontariamente un sistema di controllo, richiedono - sempre con maggior vigore - agli operatori (consulenti individuali, in forma associata o società di consulenza) che lo sforzo economico ed organizzativo sostenuto dell'ente per la volontaria implementazione, la gestione e l'aggiornamento del sistema di controllo *ex* d.lgs. 231/2001, si traduca, in concreto, nella capacità del modello adottato di esprimere una forza esimente nelle ipotesi nelle quali l'ente venga coinvolto in un procedimento giudiziario per i fatti/reati riconducibili all'ambito normativo suddetto¹.

L'impostazione manageriale o imprenditoriale - a seconda della dimensione aziendale - che vede l'equazione investimento-risultato, appare condivisibile nella sua impostazione teorica.

Se nell'immediatezza della fase implementativa, il modello è fedele ed aggiornato e può quindi esprimere la sua massima efficacia, più articolata - ma non impossibile - appare la gestione futura dei modelli per i cambiamenti - anche profondi - che una società attraversa nel corso della sua vita aziendale² e per la continua evoluzione normativa *e giurisprudenziale* che impone agli enti di effettuare un'analisi attenta di ogni fattispecie di reato introdotta nell'ambito operativo del d.lgs. 231/2001. Analisi quest'ultima che - rammentiamo a noi stessi - dovrebbe essere espletata nell'immediatezza dell'inserimento di un nuovo reato; ciò, per consentire all'ente di avere sempre un modello aggiornato e capace di prevenire la commissione del reato.

¹ www.rivista231.it IL "SISTEMA 231" IN UNA MULTINAZIONALE: IL CASO ROCHE DIAGNOSTICS S.p.A. - di Matteo Cimenti, *Legal Affairs Manager Roche Diagnostics S.p.A.* Paragrafo 4 "Commenti" A nostro parere, l'operatore (legale di impresa o professionista che propone la 231 a un cliente) deve sempre avere a mente due criteri: da una parte il fatto che recepire la 231 in azienda non è un obbligo, ma un onere, e dall'altra il fatto che l'obiettivo non è realizzato con l'approvazione di un Modello, ma che il problema è costruire un sistema che abbia una tenuta di fronte a una indagine penale, e che quindi sia tale da convincere un Giudice.

² Si pensi semplicemente alle società che per effetto di un'operazione straordinaria modificano la propria governance, ampliano o riducono il numero dei manager, costituiscono, trasferiscono o sopprimono sedi secondarie, filiali, integrano o conferiscono in *outsourcing* processi sensibili.

Rammentiamo inoltre che, *secondo un autorevole orientamento*³, l'analisi suddetta dovrebbe essere sempre espletata⁴, al fine di motivare l'esclusione di una nuova fattispecie di reato *da quelle nelle quali* l'ente, nelle persone dei propri soggetti apicali e subordinati, potrebbe ricadere.⁵

Un'altra considerazione sulla potenzialità prospettica dei modelli di esprimere una capacità esimente riguarda il fatto che "il giudizio" compete al giudice, il quale indagando su un'ipotesi di reato commesso da una o più persone fisiche dovrà accertare la capacità del modello di prevenirne *il reato alla data della sua commissione*.

E' evidente che, per ciascuna fattispecie di reato esaminato, la frequenza temporale delle operazioni sensibili, l'ammontare di queste ultime, il numero di soggetti potenzialmente coinvolti, potrà consentire di avere dati oggettivi sulla base dei quali svolgere delle valutazioni appropriate per identificare i protocolli più opportuni.

In sintesi, non possiamo non affermare che alla "legittima aspettativa" dell'imprenditore di avere un modello esimente si deve rispondere in modo affermativo; si vuole soltanto sottolineare in modo chiaro e trasparente che la decisione (delibera del cda) di adottare un sistema di controllo *ex* 231, dovrà muovere dalla convinzione del vertice aziendale di realizzare non un modello "*copy and past*", statico, quasi estraneo, bensì un modello sartoriale, trasfuso in un documento intriso da un precoce invecchiamento, il cui unico elisir di lunga vita, dipenderà dalla capacità della struttura e dei propri consulenti di aggiornarlo affinché esso, come già detto, potrà essere sempre rappresentativo della concreta realtà nella quale si svolgono le operazioni "sensibili" aziendali, sia delle novità normative che come abbiamo assistito in questi anni aumentano a dismisura la portata del d.lgs. 231.

Il cd. sistema *ex* 231 deve essere concepito non come un peso ma come un'opportunità per ridisegnare i propri processi, introducendo le necessarie traiettorie dirette ad impedire la commissione del reato, volendo così anche consentire ai singoli dipendenti apicali, subordinati e collaboratori esterni di svolgere un ruolo sociale⁶.

³ Anno 2006. All'Università Bocconi di Milano, nell'ambito di un Convegno in materia d'applicazione del d.lgs. 231/2001, il Sostituto Procuratore della Repubblica, Dott. Francesco Greco, nel proprio intervento, ha osservato che il legislatore concede la facoltà all'ente di adottare o meno il modello ma, l'esercizio di detta facoltà deve essere espressa, deve cioè emergere da un atto certo. In estrema sintesi, si richiederebbe al Consiglio d'Amministrazione dell'ente l'elaborazione di un'analisi, sulla base della quale, l'organo dirigente assumerebbe la delibera di esercitare la facoltà prevista dalla legge e, in forza degli atti di cui dispone, deliberare di non provvedere all'adozione di un sistema di controllo. L'organo dirigente insomma, dopo aver fatto un'analisi dei rischi aziendali accetterebbe di "autoassicurarsi" stante la bassa esposizione di commissione di taluni reati. Si veda nota 1 www.rivista231.it in "La raccolta 231" La nomina e il funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, autonomia dell'ente fra vincoli e opportunità di Pag. 209 nota 2 Insinga.

⁴ La tesi espressa dal Dott. Francesco Greco, se condivisa, comporterebbe per il Consiglio d'Amministrazione dell'ente, non una delibera una tantum, bensì un'attività da svolgersi in parallelo, rispetto all'introduzione dei nuovi reati introdotti nel corso del tempo nel d.lgs. 231/2001. Processo quest'ultimo che appare complesso, proprio in virtù di un dinamismo legislativo che in questi anni ha visto un progressivo aumento delle fattispecie di reato sanzionabili in capo all'ente, Si veda op. cit. nota 2.

⁵ Per talune fattispecie di reato, riteniamo che il CdA di un ente non avrà alcuna difficoltà a motivare la mancata riconducibilità di taluni reati alla vita societaria. Diversa appare per le aziende operanti nel settore socio sanitario, oggetto del presente articolo, che sono attrezzate per offrire servizi di ginecologia, per i reati riconducibili all'infibulazione, pratica a tutt'oggi richiesta ancora richiesta a strutture private compiacenti nei quali certi responsabili oltre a non negare il tipo di intervento, ne condividono la forte e convinta ispirazione religiosa della pratica. Si veda anche la nota 21 che segue in merito al dibattito politico nel quale è stato coinvolto l'Ospedale di Careggi per il reato in esame.

⁶ Si pensi ai commessi delle catene di negozi che segnalano alla propria casa madre l'incasso di monete falsificate e, in luogo del rischio di vedersi sornate le provvigioni, vengano premiati (ma monitorati sulle transazioni) per la segnalazione e per aver provveduto al regolare annullamento delle banconote, per il tramite del canale bancario, anziché correre il rischio di commettere "nell'interesse proprio e a vantaggio dell'ente ma a sua insaputa" il reato di spendita di monete falsificate. Ciò, per dire solo come un'adeguata formazione e motivazione del personale, unitamente ad un

2. Mission ed evoluzione normativa del d.lgs. 231

Se proviamo a soffermarci sulle motivazioni che hanno indotto il legislatore italiano a legiferare in materia di responsabilità delle persone giuridiche, possiamo scorgere che, alla fine degli anni '90, era maturata la sensibilità di dover combattere atti, fatti e comportamenti criminosi che, compiuti in gran parte in danno della Pubblica Amministrazione e a vantaggio degli enti, tenevano questi ultimi indenni dalle aule giudiziarie. Pertanto, le sanzioni penali conseguenti esprimevano una capacità afflittiva - anche relativa - solo verso le persone fisiche che avevano commesso il reato.

Vi fu quindi l'esigenza, ancor oggi sentita di perseguire, oltre alle persone fisiche che commettono un reato anche gli enti che beneficiano o che hanno un vantaggio anche indiretto. D'altro canto, lo stesso legislatore con la consapevolezza di avanzare una richiesta non di semplice attuazione, intervenne lasciando all'ente la *facoltà* di adottare un sistema di controllo *ex* d.lgs. 231/2001 e, diverse e significative altre libertà quali ad esempio quella di stabilire regole di *governance* diverse e meno stringenti per la nomina e il funzionamento dell'Odv, rispetto alle norme dettate dal Codice Civile e da altre normative di riferimento (TUF, TUB, ecc.) per gli organi di controllo.

A questa "mission" normativa (combattere il crimine societario) si sono adeguate gran parte delle società, soprattutto quelle medie e grandi e, la proliferazione dei modelli ha visto una maggiore concentrazione su quelle società che hanno significativi rapporti con la Pubblica Amministrazione, per proseguire poi con i reati societari e con tutte le fattispecie riconducibili al decreto sulla sicurezza e prevenzione dei luoghi di lavoro oltre ad altre fattispecie di più rara e controversa applicazione.⁷

In particolare, per quanto concerne la sicurezza e prevenzione dei luoghi di lavoro, *occorre soffermare l'attenzione sui casi nei quali il reato è stato commesso o reso possibile non in conseguenza di un comportamento imprudente ed occasionale del singolo lavoratore⁸, bensì da misure tese ad effettuare risparmi di costi gestionali*.

Le aziende operanti nel settore socio sanitario sono particolarmente esposte a rischi come quelli suddetti e che possono riguardare tanto il personale interno quanto i pazienti ospiti delle strutture. A tale proposito, vedremo nel seguito del presente articolo come nella "Gestione del Rischio Clinico" effettuato dalla Regione Toscana, vi siano criticità (caduta dei malati, infezioni ecc.) che non v'è dubbio interessano anche i singoli operatori.

Un reato che non trova applicazione in altre realtà aziendali e che in talune operatori socio sanitari deve essere rilevato è quello relativo alla mutilazione degli organi genitali femminili, reato e pratica vietata, che negli anni scorsi ha visto un acceso dibattito del quale narriamo nel seguito del presente scritto. Detto reato,

esame approfondito delle singole fattispecie di reato possa concretamente avere delle positive ricadute motivazionali (organizzative ed interne alla società) e sociali (esterne alla società).

⁷ Ad esempio *Rivista* 231 1° Trim. 2010 *Rapporti Embrionali fra T.U. Ambientale e D.lgs. 231/2001-INSINGA-PISANI*.

⁸ Esempio. Immaginiamo che nonostante un ente abbia provveduto a formare ed a notificare i rischi di caduta o di inalazione di sostanze nocive, gli operai incaricati della manutenzione, non adottano le precauzioni soggettive di sicurezza e di abbigliamento previsti (imbracatura, casco, mascherine), oppure adottano comportamenti imprudenti "non fanno aerare adeguatamente i locali o le cisterne nelle quali sono presenti sostanze tossiche prima di entrarvi per espletare la manutenzione".

presenta la peculiarità di essere radicato non in un vantaggio economico per chi ne sollecita la commissione ma in una convinzione religiosa o popolare. Peraltro il reato prevede tre soggetti (quello passivo, che lo subisce contro la propria volontà (la bambina o la ragazza incolpevole) chi lo sollecita che soddisfa una propria convinzione e il medico che accetta. In questa situazione il quarto soggetto - che potrebbe essere anche incolpevole - è la struttura sanitaria, la quale tuttavia potrebbe avere un vantaggio economico derivante dalla falsificazione della prestazione in altra prestazione a pagamento o rimborsabile dal Servizio Sanitario Regionale di riferimento.

Non v'è dubbio che l'argomento socio sanitario ha per tipologia di bene "la salute" e per ammontare di spesa delle particolari sensibilità. Dal sito internet www.salute.gov, si può rilevare facilmente come la spesa sanitaria *pro capite* sia cresciuta nel quadriennio 2008 di 240 euro passando da euro 1.556 a 1.796, il che in termini assoluti significa un incremento da 90.528 a 106.650 miliardi di euro (il 6,78% del PIL nel 2008).

L'argomento è certamente di forte attualità; media e stampa non fanno che narrare episodi di presunta mala sanità accaduti in strutture pubbliche e private.

Le ASL, insieme alle altre strutture pubbliche gestiscono circa l'80% dell'offerta sanitaria.

La loro attività viene vigilata da diversi enti⁹ e si rivolge alla tutela della salute, valore costituzionalmente rilevante.

In questo panorama dove centinaia di milioni di euro vengono investiti e spesi per garantire il diritto alla salute e alla diversificazione dell'offerta, non è mancato, pur nel riconoscimento della peculiarità del servizio sanitario, l'indagine da parte dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato che con suo provvedimento n. 14389 del 15 giugno 2005¹⁰ ha deciso di disporre un'inchiesta su *"questo delicato settore della vita nazionale nella prospettiva della tutela del consumatore, con l'obiettivo che esso possa beneficiare di servizi sanitari efficienti e di qualità, attraverso l'introduzione di principi concorrenziali all'interno del sistema sanitario"*.

La costruzione di un mercato del dolore e gli innumerevoli viaggi della speranza presso presunti centri di eccellenza, abilmente pubblicizzati, dimostrano la presenza di uno stretto e pericoloso intreccio tra la logica del profitto privato, la tutela di valori primari, quali la vita e la salute delle persone, e la gratuità delle prestazioni sanitarie essenziali a carico del Servizio Pubblico. L'indiscutibile commistione verificatasi tra pubblico e privato, fa emergere il difficile tema dell'ambito di applicabilità soggettiva

⁹ Il Servizio Sanitario Nazionale è composto da enti ed organi di diverso livello istituzionale, che concorrono al raggiungimento degli obiettivi di tutela della salute dei cittadini. Ne fanno parte: - Ministero - enti ed organi di livello centrale CSS - Consiglio Superiore di Sanità ISS - Istituto Superiore di Sanità ISPESL - Istituto Superiore per la Prevenzione e Sicurezza del Lavoro AGENAS - Agenzia nazionale per i Servizi Sanitari Regionali IRCCS - Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico IZZSS - Istituti Zooprofilattici Sperimentali AIFA - Agenzia italiana del farmaco - enti ed organi territoriali Regioni e Province autonome Aziende Sanitarie Locali Aziende Ospedaliere.

¹⁰ Nella presentazione dell'ultima relazione annuale letta il 15.6.2010 dal Presidente di detta Authority, si rileva che: "Nuovi assetti regolatori sarebbero necessari per la Sanità, oggetto di una nostra indagine conoscitiva. È complessa l'introduzione di meccanismi finalizzati alla corrispondenza tra i valori sociali e umani che i sistemi sanitari si propongono di tutelare, le condizioni di efficienza nell'uso delle risorse economiche impiegate e la libertà di iniziativa economica dei privati." Fenomeni emergenti dalla prassi quotidiana, quali lo sviamento di clientela dal pubblico ospedale alla più confortevole e rapida casa di cura privata ad opera di personale interno al primo, viaggi della "speranza" pilotati sapientemente dai media in presunti centri di eccellenza, esecuzione di prestazioni mediche non necessarie a carico del servizio sanitario nazionale ecc., dimostrano la presenza di un fiorente ed, a volte, selvaggio mercato del dolore in Paolo Pisani Articolo (Nota 10). La prestazione del medico ospedaliero nel sistema delle fonti delle obbligazioni .

in questa materia del sistema dettato dal d.lgs. 231/2001. La Suprema Corte di Cassazione ha già in parte percorso il tema: con la sentenza del 9 luglio 2010 n. 28699, La Sezione Seconda della Suprema Corte ha ritenuto applicabile la cd. responsabilità amministrativa degli enti anche all'ospedale interregionale che operava in forma di società per azioni mista partecipato al 51% da capitale pubblico. Correttamente, la Corte ha distinto tra valore di rango costituzionale, qual è la salute, e funzione di rilievo costituzionale prevista, quale causa di esclusione soggettiva della responsabilità amministrativa dell'ente, dall'art. 1 comma 3, d.lgs. 231/2001. Due sono i principali passaggi interpretativi adottati dalla Suprema Corte: 1) gli enti dotati di funzione costituzionale sono solo quelli "(almeno) menzionati nella Carta Costituzionale"; 2) dal tenore inequivocabile dell'art. 1, d.lgs. 231/2001, si ricava che la natura pubblicistica dell'ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso in quanto altresì concorre la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica. Tale massima è stata correttamente riaffermata dalla Seconda Sezione della Suprema Corte con la sentenza del 26 ottobre 2010 n. 234 in materia di gestione del servizio di smaltimento rifiuti. Anche, l'art. 15 del d.lgs. 231/2001 dimostra, senza ombra di dubbio, che la gestione da parte dell'ente di un servizio pubblico non esclude l'applicazione del sistema normativo in discorso, prevedendosi solo che, qualora l'interruzione del servizio possa determinare un grave pregiudizio alla collettività, la prosecuzione dell'attività sia affidata ad un Commissario nominato dal Giudice. Anzi, *a fortiori*, si può proprio affermare che la presenza nel settore interessato di un interesse pubblico, impone che l'attività sia immediatamente riportata nella legalità, se del caso con l'applicazione delle misure cautelari di cui all'art. 45, d.lgs. 231/2001. La trasformazione avvenuta negli anni '90 del secolo scorso delle vecchie Unità Sanitarie in Aziende Sanitarie attesta la sottoposizione degli Enti di gestione ai principi di economicità rendendo irrilevante - ad avviso di chi scrive - l'accertamento della presenza della forma societaria nell'indagine sull'applicabilità anche (e soprattutto) nei loro confronti del sistema dettato dal d.lgs. 231/2001. Come è stato recentemente notato ⁽¹¹⁾ per le Asl: "la natura di aziende, per esse già prevista dal d.lgs. 502/1992, è stato ulteriormente rafforzata dal d.lgs. 229/1999 con la previsione di un'autonomia imprenditoriale, dovendo l'attività svolta essere informata per legge a "criteri di efficacia, efficienza ed economicità". Anche il diritto comunitario ⁽¹²⁾ va nel senso che "l'attività sanitaria, anche quella interamente finanziata con fondi pubblici e per la quale il paziente non deve alcun corrispettivo" costituisca attività economica.

3. Alcuni dati del "mercato regionale" e del SSR della Regione Toscana

Solo per avere la dimensione strutturale dell'apparato sanitario di una regione, basti pensare che in Toscana operano dodici Aziende sanitarie(ASL) quattro aziende ospedaliere(AOU), trentaquattro società della salute, tre Estav¹³, la Fondazione

¹¹ R- DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, Padova, 2007, pp. 62 ss.

¹² Si veda Corte di Giustizia, 10.5.2001, N.203, in Resp. Cov. Prev. 2001, 836 con nota di Bastianon.

¹³ Ente per i Servizi Tecnico-amministrativi di Area Vasta. In applicazione della L.R. Toscana n. 40/2005 e s.m.ed i., ESTAV è un Ente del Servizio Sanitario Regionale, con personalità giuridica pubblica, le cui funzioni sono indicate dalla Legge regionale citata, all'art.101 e precisate nella Delibera GRT n. 1027 del 16/11/2009. ESTAV è competente

Monasterio che di fatto è un'altra azienda sanitaria, l'Istituto per la prevenzione oncologica. Ben 21 ospedali hanno meno di 90 posti letto.¹⁴

Vediamo ora cosa prevede il documento della Regione Toscana denominato "Consuntivo attività 2005-2007 e programma 2008-2010"¹⁵. *"Il sistema di gestione del rischio clinico ha consentito di avere dei dati utili per la pianificazione degli interventi di prevenzione. La sinistrosità si attesta nella nostra regione a circa 1.350 casi all'anno. Le tipologie di eventi a cui più frequentemente si associano sono: 37% errori di intervento, 18% cadute di pazienti, 12% errate diagnosi, 6% complicanze infettive e 6% errori di terapia. Le specialità maggiormente citate nelle denunce sono: 24% ortopedia, 14% chirurgia generale, 8% ostetricia e ginecologia, 6% medicina d'urgenza. A distanza di tre anni dalla denuncia rimangono ancora aperte quasi il 58% delle pratiche, il 27% ha già ottenuto un risarcimento mentre il 15% è stato chiuso senza seguito.*

I costi assicurativi per polizze RTC/RCO sono stati nel complesso contenuti ed in alcuni casi hanno subito delle riduzioni consistenti anche in rapporto alla riduzione della rischiosità determinata dal sistema di gestione del rischio.

Nel corso del 2006, primo anno di funzionamento a livello regionale del sistema di segnalazione volontaria dei mancati incidenti ed azioni insicure, sono state inoltrate 443 segnalazioni che hanno portato alla realizzazione di 260 audit clinici e di 96 rassegne di mortalità e morbidità e 251 azioni di miglioramento.

Il Centro Gestione Rischio Clinico e Sicurezza del Paziente ha svolto l'analisi degli eventi avversi più gravi avvenuti in questi ultimi anni fornendo indicazioni e soluzioni di tipo preventivo.....¹⁶

Indicatori per la sicurezza del paziente previsti per il bersaglio:

Nel triennio 2008-2010 è stato proposto di inserire nel bersaglio della aziende sanitarie indicatori specifici per la valutazione della gestione del rischio clinico e dei risultati ottenuti sulla sicurezza del paziente.

nelle seguenti materie - approvvigionamento di beni e servizi gestione dei magazzini e della logistica gestione delle reti informative e delle tecnologie informatiche, con particolare riguardo alla integrazione ed alla organizzazione del Centro unificato di prenotazione (CUP), gestione del patrimonio per le funzioni ottimizzabili in materia di manutenzione, appalti e alienazioni, organizzazione e gestione delle attività di formazione continua del personale gestione delle procedure concorsuali e selettive in materia di personale, gestione delle procedure per il pagamento delle competenze del personale per le quali fornisce il supporto tecnico-amministrativo alle Aziende sanitarie del bacino di riferimento. Gli ESTAV operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del d.lgs. 163/2006 e s.m. ed int.

¹⁴ Il Governo delle Idee Anno XI Febbraio 2011 "La sanità Toscana azzoppata di Marcello Trabalzini.

¹⁵ <http://www.salute.toscana.it/sst/grc/letteratura.shtml#stampanazionale>.

¹⁶ Ci riferiamo ad una Regione, quella Toscana che vanta insieme alla Lombardia e poche altre in Italia primati eccellenza., Per la Sanità Toscana i dati della mobilità sanitaria interregionale (ossia il fenomeno per cui i cittadini scelgono per curarsi ospedali che non appartengono alla loro regione di residenza - mobilità attiva - oppure decidono di rivolgersi ai servizi sanitari di altre Regioni - mobilità passiva), in questi anni ha registrato un saldo positivo. Cioè sono più numerose le persone che da altre regioni vengono a curarsi negli ospedali toscani (71.214 nel 2008) di quanti sono i toscani che scelgono di varcare i confini regionali (41.148 nel 2008). Il saldo tra mobilità attiva e passiva è stato quindi nel 2008 di oltre 30.000 pazienti. Le strutture più attrattive risultano, ovviamente, gli ospedali più grandi della Toscana, le specializzazioni più "appetite" dai pazienti in arrivo sono quella della gastroenterologia, oculistica, ortopedia e neurologia.

Alla determinazione di indicatori di tipo quantitativo si assoceranno valutazione di tipo qualitativo mediante l'istituzione di <u>un gruppo regionale di lavoro itinerante</u> con il compito di effettuare visite ed incontri nelle aziende sanitarie al fine di supportare l'adozione delle buone pratiche e la loro corretta applicazione. Monitoraggio sinistri	<i>Efficienza di aggiornamento del sistema</i> Tempo medio intercorrente tra ricezione in azienda dell'atto iniziale e l'apertura della pratica informatizzata
	<i>Qualità di ogni singolo sinistro archiviato</i> E' un indicatore della conoscenza dei dati economici delle liquidazioni relative ai sinistri
	<i>Conoscenza delle riserve</i> E' un indicatore della conoscenza dei dati economici degli importi riservati relativi ai sinistri
	<i>Valutazione delle riserve</i> E' un indicatore del processo interno di valutazione delle riserve relative ai sinistri da parte degli osservatori medico legali aziendali
Sviluppo del sistema di incident reporting	<i>Diffusione degli Audit</i> E' un indicatore del livello di adesione delle strutture complesse all'analisi dei rischi attraverso l'organizzazione di audit Diffusione delle M&M E' un indicatore del livello di adesione delle strutture complesse all'analisi dei rischi attraverso l'organizzazione delle Rassegne di Mortalità e Morbidity
Impatto economico	<i>Variazione del costo assicurativo</i> E' un indicatore di tipo economico per valutare, confrontando i premi pagati, l'incremento dei costi assicurativi nel tempo

4. L'indagine finalizzata alla creazione del modello

Dopo, il doveroso spaccato regionale “del mercato” nel quale operano gli enti operanti nel settore socio sanitario, formuliamo qualche considerazione circa l'opportunità di individuare correttamente l'insieme dei soggetti apicali e subordinati. Dalle loro operazioni giornaliere, infatti, si potranno declinare correttamente i controlli da espletare, le grandezze da misurare, la periodicità delle rilevazioni.

Il dibattito fra consulente ed ente, una volta che la committente ha individuato lo spirito del modello, verte *in primis* sulla condivisione del numero dei soggetti apicali e subordinati e sulla loro autonomia nello svolgere operazioni sensibili.

La teoria - se mai applicata - secondo la quale i soggetti apicali e subordinati sono soltanto coloro i quali sono nell'organigramma ed operano ad certo livello, sembra abbondantemente superata per lasciare il posto ad un'impostazione secondo la quale il soggetto, non è soltanto misurato dalla propria posizione, dall'inquadramento contrattuale e dalle deleghe ma anche dall'esposizione che tale soggetto ha nei

confronti del concreto svolgimento delle attività aziendali e quindi dall'esposizione al rischio e del ruolo concreto che egli svolge.¹⁷

Nelle strutture sanitarie, ciò si traduce - inevitabilmente - nel censire anche quei professionisti che, in convenzione con la struttura socio sanitaria privata, operano all'interno di essa e rilasciano titolo valido per il rimborso economico dal Servizio Sanitario Regionale.

Si pensi semplicemente alle cure riabilitative prescritte ad un ammalato in misura eccedente (numero di sedute, prestazioni orarie ecc.), rispetto a quelle effettivamente necessarie. Chi meglio del professionista può diagnosticare una cura e fornire la corretta prescrizione riabilitativa da svolgersi presso la struttura nella quale egli stesso opera? Questo, è un il tipico esempio di prestazione effettuata nell'interesse proprio e a vantaggio dell'ente che, potrebbe essere svolta anche all'insaputa dell'ente¹⁸.

Se pacifico rimane l'esame dei processi operativi e la valutazione del rischio di commissione di reato, quando l'azienda è già operante, più difficoltosa invece sembra l'elaborazione di un modello "prima" di avviare la propria attività. Non dimentichiamo infatti che gli operatori si debbono dapprima accreditare¹⁹ al Servizio Sanitario Regionale e successivamente offrire i servizi.

Quindi, nell'ambito di un federalismo regionale, ci potremmo trovare davanti a Regioni particolarmente sensibili "alla promozione della buona pratica" che potrebbe

¹⁷ Si pensi all'autista del Presidente e Amministratore Delegato che per la sua posizione privilegiata rispetto ad altri dipendenti, pur avendo un livello d'inquadramento minimo, ha modo di conoscere, testimoniare tutti gli spostamenti del suo capo e che sovente ascolta anche contenuti di telefonate riservate all'interno delle quali si celano messaggi cifrati e una dialettica densa di significati meno innocenti di quanto si potrebbe emergere da una lettura ed interpretazione asettica del messaggio.

¹⁸ Un esempio correlato al precedente riguarda la prescrizione dei farmaci dove l'ente di riferimento è la casa farmaceutica che, al contrario, difficilmente potrebbe provare la propria estraneità all'operato della propria rete commerciale di informatori medico scientifici, per la prescrizione pilotata di un dato farmaco. Operazione nell'interesse proprio dei singoli (le provvigioni) e a vantaggio dell'ente (il fatturato, la marginalità, la quota di mercato, la sconfitta di un casa farmaceutica concorrente). Promettere vantaggi a medici e strutture non sarebbe possibile per la rete vendita se la propria casa madre non provvede a foraggiarli.

¹⁹ Autorizzazione ed accreditamento sono due processi di valutazione sistematica e periodica il cui obiettivo è quello di verificare il possesso, da parte dei servizi sanitari, di determinati requisiti relativi alle condizioni strutturali, organizzative e di funzionamento che influiscano sulla qualità dell'assistenza. La Toscana disciplina sia l'autorizzazione che l'accREDITamento con la legge regionale n. 8 del 23 febbraio 1999 "Norme in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi delle strutture sanitarie: autorizzazione e procedura di accREDITamento" e con una serie di disposizioni attuative che prevedono un processo valutativo per il miglioramento del settore. Al fine di garantire livelli base di sicurezza e di qualità, sono stati definiti requisiti minimi per l'esercizio dell'attività sanitaria che devono essere soddisfatti anche per le strutture che operano in regime privato.

STRUTTURE SANITARIE PRIVATE

Per poter esercitare la propria attività sanitaria, ogni soggetto privato deve avere un'autorizzazione obbligatoria che garantisca il possesso dei requisiti minimi. Se poi desidera entrare a lavorare per conto e a carico del Sistema sanitario nazionale, deve dimostrare di essere in possesso di ulteriori requisiti di qualità ed essere quindi anche accreditato. L'accREDITamento volontario fornisce lo status di soggetto idoneo ad operare per conto del Servizio sanitario nazionale ma per operare effettivamente a suo carico, i soggetti devono entrare in contrattazione con le relative Aziende sanitarie per concordare le prestazioni da mettere a disposizione.

La legge individua tre momenti distinti di regolazione dei soggetti erogatori di prestazioni sanitarie: l'autorizzazione l'accREDITamento gli accordi.

Stabilisce che costituiscono presupposti per l'accREDITamento:

- il possesso dei requisiti generali e specifici concernenti le strutture,
- le tecnologie e l'organizzazione del servizio

- l'accettazione del sistema di pagamento a prestazione

- l'adozione di un programma interno di verifica e di promozione della qualità dell'assistenza

I requisiti generali e specifici devono fare riferimento alle componenti più significative che interessano la qualità in sanità:

- la qualità dei sistemi organizzativi

- la qualità tecnico-professionale

- la qualità come percepita dall'utente

richiedere o stabilire *ex lege* che il modello 231 è uno dei requisiti generali per l'accreditamento, Regioni un po' meno rigorose ma pur sempre sensibili all'argomento nelle quali il modello potrebbe essere il requisito per il mantenimento del sistema²⁰ ed infine Regioni passive.

A parere di chi scrive, sembrerebbe che il "pubblico" nel supremo e tutelato interesse costituzionalmente garantito, potrebbe svolgere di fatto anche quell'attività di certificatore delle competenze manageriali, organizzative e procedurali, con procedure "validate" con il fine di stimolare comportamenti socialmente utili. Delle tre soluzioni sopra ipotizzate, la seconda a nostro avviso sarebbe quella più equilibrata, perché come ogni azienda, anche gli operatori socio sanitari nella fase ancora precedente allo *start up* si troverebbero costretti a teorizzare su procedure, comportamenti e protocolli sui quali non avrebbero la certezza della loro aderenza alla fattiva e concreta realtà lavorativa aziendale. Il legislatore, nel presupposto dell'onere della prova, non poteva non pretendere un modello aggiornato e aderente alla realtà aziendale.

Si rischierebbe cioè di fare un "modello 231" delle intenzioni su come gestire di certo precoce invecchiamento che produrrebbe solo un aggravio di costi per gli operatori, i quali, non a torto, potrebbero percepire il modello solo come un "fardello burocratico" e non come un'opportunità per sondare l'efficienza ed efficacia del servizio reso e "un'assicurazione" per un più sereno proseguimento dell'attività aziendale.

4.1. Pratiche esimenti

Se il reato è avvenuto per un uso inidoneo delle attrezzature o degli impianti, l'ente dovrà, ad esempio, essere sempre nella condizione di dimostrare che:

- la "formazione", obbligatoria per gli operatori destinati a quella specifica area era stata efficacemente svolta e completata con l'idoneità di chi era successivamente preposto ad esercitare in quella specifica situazione;
- il personale neoassunto non poteva essere impegnato in quelle specifiche operazioni se non previa presenza di un *tutor* e - conseguentemente in autonomia soltanto dopo un determinato percorso formativo teorico-pratico certificato;
- l'elenco delle sostituzioni del personale normalmente preposto annovera soltanto soggetti già in possesso di quei requisiti personali e professionali idonei a garantire interventi tempestivi e accurati.

In tali circostanze l'evento deve emergere non come il risultato di un vantaggio per l'ente (scarsa manutenzione, scarsa sorveglianza, bassa qualità dei prodotti impiegati) ma come *un fatto occasionale legato ad un momento di disattenzione del singolo operatore*.

²⁰ www.regionetoscana "Autorizzazione delle strutture sanitarie" I soggetti privati che desiderano esercitare l'attività sanitaria devono superare obbligatoriamente la verifica dei requisiti di esercizio ed ottenere l'autorizzazione dal Comune in cui ha sede la struttura. Solo questo provvedimento consente l'inizio e lo svolgimento dell'attività sanitaria. Attraverso la compilazione delle liste di autovalutazione da presentare al Comune insieme alla domanda, la struttura dichiara di possedere i requisiti necessari. Il Comune, dopo aver accertato la presenza dei requisiti avvalendosi del Dipartimento di Prevenzione competente, provvede al rilascio dell'autorizzazione nei tempi e nei modi previsti dalla legge. L'autorizzazione ha validità triennale e deve essere rinnovata periodicamente tramite autocertificazione del mantenimento dei requisiti, tramite autocertificazione del mantenimento dei requisiti.

In tante altre casistiche che potranno vedere il coinvolgimento di fornitori esterni l'ente dovrà dare evidenza della catena degli approvvigionamenti

- del buon funzionamento del sistema di monitoraggio nella scelta dei fornitori;
- della conferma, ad esempio, che i prezzi di acquisto di specifiche attrezzature, materiali d'uso o consumo o partite di medicinali apparivano sensibilmente inferiori allo *standard*,
- se i soggetti subordinati o apicali operanti nella struttura hanno rapporti familiari, economici (*rapporti delle parti correlate*) tali da condizionare le politiche d'acquisto di quelle date materie o di intere forniture.

Senza voler avere la presunzione di essere esaustivi sul tema e sulle reali capacità esimenti, particolare riguardo si avrà in merito al reato previsto dall'art.25-*quater*, d.lgs. 231/2001 precedentemente menzionato, ossia "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"²¹.

In questa sede non ci interessa indagare le ragioni storiche e religiose della pratica. E' certo che il dibattito su questa materia ha interessato anche strutture pubbliche²². E' doveroso per l'ente, al cui interno opera un reparto di chirurgia e/o ginecologia, elabori misure atte ad evitare la consumazione di un reato nell'interesse proprio del reo (quello religioso o di convinzione personale) ma a vantaggio dell'ente (magari intervento chirurgico mascherato soggetto a rimborso dal SSR).

5. Conclusioni

E' certamente quella sopra descritta "la migliore ipotesi di scuola" ma che dimostra come l'indagine iniziale, la mappatura dei processi, l'individuazione dei processi sensibili, l'individuazione dei soggetti apicali e subordinati, e l'elaborazione dei protocolli per la segregazione dei processi a rischio è un'attività assai delicata multidisciplinare e altamente specializzata.

Tutte le strutture socio sanitarie, non dovranno sottovalutare gli altri reati indicati nel d.lgs. 231/2001, quali ad esempio i reati societari, quelli legati ai reati informatici, al trattamento dei dati sensibili.

²¹ L'articolo in questione recita "In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 583-bis del codice penale si applicano all'ente, nella cui struttura è commesso il delitto, la sanzione pecuniaria da 300 a 700 quote e le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. Nel caso in cui si tratti di un ente privato accreditato è altresì revocato l'accreditamento. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati al comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3".

²² 22/01/2004 il manifesto " Infibulazione morbida per le straniere di Riccardo Chiari" Un ginecologo dell'ospedale Careggi di Firenze propone un rituale alternativo e simbolico a una delle più diffuse mutilazioni genitali femminili. La Regione Toscana chiede il parere dell'ordine dei medici e del comitato di bioetica...: "L'infibulazione alternativa proposta dal dottor Omar Abdulcadir è inaccettabile. Dal centro fiorentino, allestito nell'azienda ospedaliera di Careggi all'interno della clinica ostetrica e ginecologica, il medico somalo ha avanzato a regione Toscana e ordine dei medici una proposta. Un'alternativa "rituale" all'infibulazione. Grazie ad una pomata anestetica, e poi una puntura di spillo sulla clitoride per far uscire qualche goccia di sangue. Abdulcadir dirige un centro unico in Italia per la prevenzione e la cura delle mutilazioni genitali femminili. Dai suoi ambulatori passano in media, anche se l'attività non è mai stata monitorata puntualmente, dalle quattrocento alle cinquecento donne ogni anno. Tutte per complicazioni dovute a mutilazioni genitali. "Se con il rito alternativo riuscirò a salvare anche solo una donna - spiega - avrò vinto una battaglia". La proposta è arrivata anche al comitato di bioetica della regione Toscana. "Quello fatto dal centro di Careggi è uno sforzo lodevole - osserva il medico senese Mauro Barni, che guida il comitato - ma credo che da parte nostra non sarebbe corretto accettare dei surrogati di una ritualità incivile. Attraverso la procedura alternativa ammetteremmo un principio sbagliato".

E' auspicabile che la composizione dell'Organismo di Vigilanza, annoveri al proprio interno almeno un componente di estrazione medica per la necessaria sensibilità e attenzione verso i processi operativi. Un secondo membro potrebbe essere individuato - - sempre ad avviso di chi scrive - fra quelle figure manageriali o *professionals* che hanno esperienza e responsabilità in materia di certificazione e/o di governo dei processi.

LE BANCHE E LA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

Avv. Giuseppe Losappio, Avvocato, Professore associato di diritto penale, Presidente del Master in diritto penale dell'impresa, I Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

1. Esordi

Quando l'ABI - esercitando la facoltà prevista dall'art. 6, comma 3, d.lgs. 231/2001 - ha ben presto elaborato un modello di categoria, successivamente approvato dal Ministro di Giustizia¹, fonti della stessa associazione tennero a sottolineare che per le banche, a differenza di altre imprese, la nuova disciplina non cadeva "nel vuoto"². Nel mondo bancario, già permeato da un tessuto normativo «estremamente complesso», intriso di regole spesso «precipuamente finalizzate alla prevenzione di condotte illecite»³, il d.lgs. 231/2001 trovava un ambiente favorevole, mentre altrove, nel contesto di un paese complessivamente «inospitale per una crescita dell'etica degli affari» e per il radicamento di una cultura «aziendale della legalità»⁴, la stessa regolamentazione della responsabilità da reato degli enti avrebbe senza dubbio incontrato atteggiamenti misti di diffidenza e resistenza; le banche, dunque, sarebbero state «avvantaggiate» rispetto alle altre realtà imprenditoriali essendo in esse consolidata la «cultura del controllo»⁵, collegata alla «specificità» della stessa attività bancaria e del

¹ Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lgs. 231/2001), www.abi.it/doc/doc/home/prodottiServizi/normativaBancariaFinanziaria/legislazione

² MANCINI C., *Responsabilità amministrativa degli enti: l'esperienza dell'associazione bancaria italiana*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 1-2007, p. 173. Cfr. inoltre sul rapporto tra attività bancaria e d.lgs. 231/2001: GIUNTA F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 1; ARENA M., *La prevenzione dei reati in ambito bancario*, 2005, http://www.reatisocietari.it/index.php?option=com_content&view=article&id=193&catid=71&Itemid=108; FUSCO A., *Applicabilità del d.lgs 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 4-2007, p. 179; BERNASCONI A., *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari ed imprese di assicurazione*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 1-2009, p. 33; DONATO L. - FABBRIO C., *La tutela penale dell'attività bancaria*, in E. Galanti (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, Cedam, 2008, p. 1361; COMPAGNA F., *Illeciti e responsabilità in materia bancaria, finanziaria e assicurativa*, in A. Colavolpe - M. Prosperetti, *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio. Corportate governance, vigilanza e controlli*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 1336; LOSAPPIO G., *commento art. 97-bis*, in M. Porzio - F. Belli - G. Losappio - M. Rispoli Farina - V. Santoro (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 790; TARTAGLIA POLCINI G., *La responsabilità delle banche ex d.lgs. 231/2001 per il delitto di riciclaggio: l'obbligo di formazione professionale e i connessi moduli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 1-2011, p. 71.

³ MANCINI C., *op. loc. cit.*

⁴ ALESSANDRI A., *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Com.*, 2002, I, p. 521.

⁵ MANCINI C., *op. loc. cit.*

valore-risparmio alla cui protezione è «esistenzialmente» preordinato l'intero sistema di tutela «governato» dalla Banca d'Italia⁶.

In realtà, la preesistenza di un *asset* consolidato «di misure, presidi e sistemi di controllo la cui necessità non è stata ravvisata dal legislatore per le imprese industriali o commerciali»⁷, a prescindere dall'imponderabile funzione di facilitazione nel recepimento della responsabilità da reato degli enti nel sistema bancario, di sicuro, ha posto soltanto esigenze di adeguamento e problemi di coordinamento della «nuova» disciplina, inizialmente percepite solo in misura blanda dal legislatore che nel testo del d.lgs. 231/2001 si limitò a prevedere che il provvedimento applicativo di «*misure cautelari interdittive e la sentenza irrevocabile di condanna*» fossero comunicati «*alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente*» (art. 84).

2. Sovrapposizioni e discordanze tra disciplina del TULB e d.lgs. 231/2001

Basta anche una fugace giustapposizione delle due discipline, quella del TULB e quella del d.lgs. 231/2001, per comprendere che la regola dell'art. 84, da sola, era insufficiente rispetto alle difficoltà e alle istanze che solleva l'inserimento del d.lgs. 231/2001 nel tessuto dei rapporti tra banca e Banca d'Italia.

La Banca nazionale autorizza l'esercizio dell'attività bancaria (art. 14 TULB) e le modifiche rilevanti della composizione azionaria e comunque del capitale dei c.d. gruppi bancari e delle società che esercitano l'attività bancaria. Durante la normale operatività della banca, Palazzo Koch esercita la vigilanza informativa (artt. 51-52), regolamentare (art. 53) e ispettiva (art. 54), anche su base consolidata, nei confronti delle imprese autorizzate in Italia e delle succursali italiane di banche comunitarie (art. 55). La Banca d'Italia sovrintende le crisi dell'impresa bancaria; ad essa compete, infatti, di proporre al Ministero dell'economia l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria anche quando «*risultino gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività bancaria*» (art. 70, comma 1, lett. c)). Nelle stesse circostanze, «*qualora concorrano ragioni di assoluta urgenza*», la banca nazionale può disporre la «*gestione provvisoria*» (art. 76, comma 1), mentre, nel caso di «*violazione di disposizioni legislative, amministrative o statutarie*» ovvero «*per irregolarità di gestione*» (ecc.) può imporre il divieto di intraprendere nuove operazioni oppure ordinare la chiusura di succursali. È sempre la Banca d'Italia, infine, che propone al Ministero dell'economia la revoca dell'autorizzazione e la liquidazione coatta amministrativa (art. 80) anche nel corso dell'amministrazione straordinaria quando le irregolarità dell'amministrazione, le violazioni o le perdite siano di eccezionale gravità.

A fronte di queste previsioni, il comma 2 dell'art. 9, d.lgs. 231/2001 annovera tra le sanzioni applicabili all'ente l'interdizione dall'esercizio dell'attività e la sospensione o la revoca delle autorizzazioni. L'art. 15, inoltre, prevede che ricorrendo i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva, nel caso in cui l'interruzione rischia di

⁶ BOCCUZZI G., *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 116; FLICK G.M., *Riflessioni sull'evoluzione del diritto penale del credito*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Bologna, 18 - 20 maggio 1995, a cura di S. Canestrari, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 134-135.

⁷ MANCINI G., *op. loc. cit.*

provocare un grave pregiudizio alla collettività ovvero sensibili ripercussioni sull'occupazione, il giudice può disporre la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata. Secondo l'art. 45, inoltre, il pubblico ministero può richiedere quale misura cautelare l'applicazione di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2; anche in questo caso (art. 45, comma 3), il giudice *«in luogo della misura cautelare interdittiva...può nominare un commissario giudiziale a norma dell'articolo 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata»*.

3. I due fattori di intensificazione delle criticità. L'estensione dei reati presupposto e la direttiva 2001/24/CE

Contrasti e sovrapposizioni, evidenziati nel precedente paragrafo, sono stati acuiti da due fattori:

- l'estensione dei reati presupposto;
- la direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi.

Il (ridotto) catalogo originario della responsabilità da reato degli enti contemplava esclusivamente reati contro la pubblica amministrazione e contro il patrimonio "pubblico" (dello Stato o di altri enti) e, quindi, considerava (ovviamente) l'ipotesi che un reato-presupposto fosse "commesso" da una società, ma non comprendeva nello stesso insieme i reati societari e - men che meno - "i reati bancari".

Questa situazione, tuttavia, è rapidamente e incisivamente mutata negli anni successivi. L'evoluzione può essere scandita in tre fasi.

Nella prima, l'art. 25-ter (introdotto dall'art. 3, d.lgs. 61/2002) ha esteso la responsabilità ex d.lgs. 231 ai reati previsti dagli artt. 2621-2638 del codice civile (ivi incluso, pertanto, il delitto di false comunicazioni e ostacolo alle funzioni delle pubbliche autorità di vigilanza). A questo periodo fanno riferimento le già richiamate *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*. Il documento distingue (§ 3) tra reati peculiari e reati generali. I primi, in particolare, erano circoscritti alle cd. "sacche pubblicistiche", ovvero, a quelle attività, del tutto marginali rispetto al *core* dell'intermediazione bancaria, in cui l'operatore si trovi ad agire «quale incaricato di un pubblico servizio», ovvero, «in esecuzione di una concessione amministrativa che, in quanto regolata da norme di diritto pubblico ed atti autoritativi, assumono rilievo pubblicistico»⁸.

⁸ «Benché infatti la natura privatistica dell'attività bancaria sia ormai un dato acquisito al nostro ordinamento, vi sono - osservava l'ABI - delle attività che esulano dalla gestione ordinaria del credito e che, in quanto svolte in regime di concessione, possono presentare connotazioni pubblicistiche» (ad es.: le operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di titoli del debito pubblico; le operazioni svolte in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti pubblici non economici, nella veste di banche agenti o delegate; le operazioni relative alle attività di concessione e gestione dei "crediti di scopo legale" e a quelle rientranti nel settore dei c.d. "crediti speciali o agevolati" che, per loro natura, gravano in varia misura sulla finanza pubblica). Cfr. sul tema nella letteratura penalistica: SEVERINI D. DI BENEDETTO P., *Pubblico servizio o attività di impresa nei crediti speciali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, I, p. 45; PEDRAZZI C., *Ambiguità di una riforma (il credito agevolato come banco di prova)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 407; DI GIOVINE O., *Negoziante di titoli di Stato da parte delle banche e pubblico servizio ai sensi dell'art. 358 c.p.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 653; MANGIONE A., *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio nelle "particolari operazioni di credito" del testo unico bancario: il "nuovo" credito agrario*

Nella seconda, con l'art. 25-*sexies* (introdotto dall'art. 9, legge 62/2005) è stato assunto tra i reati-presupposto il delitto di abuso di informazioni privilegiate mentre con l'art. 25-*septies* l'integrazione dello stesso catalogo ha riguardato i delitti di omicidio e lesioni colpose con violazione della disciplina antinfortunistica (art. 9 legge 123/2007)⁹.

Nella terza e (ad oggi) ultima fase, l'art. 25-*octies* (introdotto dall'art. 63, comma 5, d.lgs. 231/2007) ha esteso l'ambito di applicazione della responsabilità da reato agli artt. 648, 648-*bis* e *ter* del codice penale, attingendo definitivamente il "cuore" dell'intermediazione finanziaria bancaria che, non a caso, è stata l'attività di impresa in cui la disciplina antiriciclaggio ha gettato inizialmente le radici prima di estendersi a macchia d'olio in molti altre manifestazioni dell'impresa e delle professioni.

Un altro fattore che ha inciso sui rapporti tra disciplina bancaria e responsabilità da reato sono stati senza dubbio i principi della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi per effetto dei quali l'esigenza logica di coordinamento, incarnata nelle modifiche del d.lgs. 231 appena accennate, è assurta sotto taluni profili (vedi § 4) al rango di obbligo comunitario per lo Stato italiano:

- l'attribuzione «alle autorità amministrative o giudiziarie dello Stato membro d'origine» della «competenza esclusiva di decidere e di applicare i provvedimenti di risanamento previsti dalla normativa e dagli usi vigenti in tale Stato membro» (6° considerando);
- la previsione di «un certo coordinamento del ruolo delle autorità amministrative o giudiziarie riguardo ai provvedimenti di risanamento e alle procedure di liquidazione delle succursali, situate nei diversi Stati membri, di enti creditizi la cui sede legale sia fuori della Comunità» (13° considerando);
- l'importanza di «proteggere i creditori che hanno effettuato transazioni con l'ente creditizio, prima dell'adozione di un provvedimento di risanamento o dell'apertura di una procedura di liquidazione» (28° considerando).

4. Profili di problematicità dell'art. 97-*bis*. Il sottosistema della responsabilità da reato delle banche

L'art. 8, d.lgs. 197/2004 ha dato attuazione alla direttiva introducendo nel TULB l'art. 97-*bis*¹⁰. Sennonché, i tratti della nuova disposizione sono apparsi subito

innanzi agli artt. 357 e 358 c.p., in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 483; LOSAPPIO G., *I soggetti dei reati bancari, oggi. L'art. 135 TULB tra passato e presente, crisi e riforme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 140.

⁹ Corrispondono a queste due integrazioni altrettanti aggiornamenti delle linee guida dell'ABI: *Abusi di mercato* (<http://www.rivista231.it/Legge231/Pagina.asp?Id=405>); *Omicidio e lesioni colpose conseguenti alla violazione della normativa antinfortunistica e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro* (<http://www.rivista231.it/Legge231/Pagina.asp?Id=485>).

¹⁰ Per comodità di consultazione si riporta il testo dell'art. 97-*bis* del T.U.L.B. (Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato) «1. Il pubblico ministero che iscrive, ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nel registro delle notizie di reato un illecito amministrativo a carico di una banca ne dà comunicazione alla Banca d'Italia e, con riguardo ai servizi di investimento, anche alla CONSOB. Nel corso del procedimento, ove il pubblico ministero ne faccia richiesta, vengono sentite la Banca d'Italia e, per i profili di competenza, anche la CONSOB, le quali hanno, in ogni caso, facoltà di presentare relazioni scritte. 2. In ogni grado del giudizio di merito, prima della sentenza, il giudice dispone, anche d'ufficio, l'acquisizione dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB, per i profili di specifica competenza, di aggiornate informazioni sulla situazione della banca, con particolare riguardo alla struttura organizzativa e di controllo. 3. La sentenza irrevocabile che irroga nei confronti di una banca le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, decorsi i termini per la conversione delle sanzioni medesime, è trasmessa per l'esecuzione dall'Autorità giudiziaria alla Banca d'Italia. A tale fine la Banca d'Italia può proporre o

acutamente problematici sotto due profili: per un verso, si è fatto notare che l'art. 97-*bis* istituisce una disciplina speciale nei confronti delle banche (e - entro certi limiti¹¹ - degli altri intermediari finanziari)¹², per l'altro, si è osservato che l'omogeneizzazione tra la disciplina del TULB e quella del d.lgs. 231/2001, realizzata dall'art. 97-*bis*, di fatto pone nuovi problemi di convivenza tra le due fonti¹³. Il coordinamento, in altre parole, pare esplicarsi - com'è stato osservato - «in termini e con modalità contraddittorie»¹⁴.

Senza dubbio la nuova disposizione innova o deroga (anche molto incisivamente) la disciplina del d.lgs. 231/2001 riguardo alla fase delle indagini (art. 97-*bis*, comma 1), alla fase del giudizio e della decisione (comma 2) e soprattutto ai poteri cautelari, sanzionatori ed esecutivi del giudice (commi 3 e 4), posto che alle banche non sono applicabili le misure cautelari interdittive mentre l'esecuzione delle sanzioni interdittive è affidata alla Banca d'Italia.

Risulta evidente che i problemi di compatibilità tra regolamentazione della responsabilità da reato degli enti e TULB sono stati risolti «piegando» il primo tessuto dispositivo alla morfologia del secondo; una scelta che potrebbe persino assumere i tratti dell'incostituzionalità, anche in relazione alla circostanza che la direttiva europea prescriveva soltanto un «certo coordinamento del ruolo delle autorità amministrative o giudiziarie» non l'integrale surrogazione delle une nelle competenze delle altre. A prescindere da questo rilievo, l'opzione del legislatore non necessariamente configura, come è stato sostenuto, l'istituzione di una disciplina di favore, pur giustificata dall'importanza del bene risparmio» oltre che dalla «diffusione quantitativa», dalla «distribuzione sul territorio», dalla «trasversalità nelle classi sociali», dalla «centralità economica» delle banche (ecc.)¹⁵. L'art. 97-*bis* dà vita ad un sottosistema della responsabilità da reato degli enti ma non è detto che si tratti di un regime più blando. L'art. 97-*bis*, piuttosto, è speculare alla disposizione dell'art. 132-*bis* e corre in parallelo con altre regole del TULB (artt. 7, comma 2; 52; 70, comma 7), che derogano sotto altri aspetti al codice di procedura penale e al codice civile, il cui obiettivo finale è senz'altro la tutela del risparmio, ma sono prevalentemente condizionate dagli scopi intermedi di evitare che le iniziative della magistratura possano minare la stabilità dell'intermediario minacciando i risparmi (e il risparmio) e di permettere che il *know how* della Banca d'Italia e il prudente dispiegarsi delle funzioni di vigilanza riducano questi rischi, impedendo che le procedure giudiziarie assumano un dinamismo disomogeneo, producendo, nei casi più sfortunati, un'eterogeneità dei fini.

adottare gli atti previsti dal titolo IV, avendo presenti le caratteristiche della sanzione irrogata e le preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela dei diritti dei depositanti e della clientela. 4. Le sanzioni interdittive indicate nell'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, non possono essere applicate in via cautelare alle banche. Alle medesime non si applica, altresì, l'articolo 15 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

¹¹ «Gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale, quando siano stati autorizzati all'esercizio dei servizi di investimento ovvero abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio, sono assoggettati alle disposizioni previste nel titolo IV, capo I, sezioni I e III, nonché all'articolo 97-*bis* in quanto compatibile; in luogo degli articoli 86, commi 6 e 7, e 87, comma 1, si applica l'articolo 57, commi 4 e 5, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58» (comma 6, art. 107, del TULB inserito dall'art. 9 del d.lgs. 197/2004).

¹² BERNASCONI A., *op. loc. cit.*

¹³ Cfr. LOSAPPIO G., *commento art. 97-*bis*, op. loc. cit.*

¹⁴ BERNASCONI A., *op. loc. cit.*

¹⁵ BERNASCONI A., *op. loc. cit.*

5. Segue. Le deficienze della disposizione

La validità (e non occasionalità) dei motivi che hanno condotto all'adozione dell'art. 97-*bis* non esclude affatto che la relativa disciplina presenti diverse deficienze.

Il comma 1, dell'art. 97-*bis* impone al pubblico ministero, che iscrive nel registro delle notizie di reato un illecito amministrativo a carico di una banca, di darne comunicazione alla Banca d'Italia, che (insieme alla Consob, per i profili di relativa competenza) ha facoltà di presentare relazioni scritte¹⁶. La violazione di queste disposizioni, tuttavia, è priva di conseguenze di carattere processuale, nel senso che sembra dar luogo solo ad una mera irregolarità.

Appare più problematica invece la disposizione del comma 2 nella parte in cui prescrive che in ogni grado del giudizio di merito, prima della sentenza, il giudice dispone, anche d'ufficio, l'acquisizione dalla Banca d'Italia e dalla Consob, per i profili di specifica competenza, di aggiornate informazioni sulla situazione della banca, con particolare riguardo alla struttura organizzativa e di controllo. È plausibile ritenere che queste relazioni (la cui previsione non ben si concilia con i limiti di acquisizione probatoria dopo la conclusione dell'istruttoria dibattimentale) possano assumere di fatto il carattere di pareri sull'idoneità del Modello Organizzativo manifestandosi, pertanto, come consulenze tecniche/o perizie anomale: a differenza delle consulenze tecniche non sarebbero di parte ma non potrebbero nemmeno essere considerate di "ufficio"; a differenza delle perizie non sono (almeno integralmente) disposte dal giudice (che qui sollecita l'organo, la Banca d'Italia, a produrre la valutazione, non nomina il "suo" perito) e in ogni caso non sono realizzate nel contraddittorio tra le parti.

6. Segue. Le sanzioni interdittive e la spoliazione delle competenze del giudice dell'esecuzione

Le maggiori difficoltà della nuova disciplina, tuttavia, riguardano «la completa devoluzione» della fase esecutiva (delle medesime sanzioni) alla Banca d'Italia con «il conseguente affievolirsi del controllo giurisdizionale» e l'instaurarsi di «un regime di flessibilità della pena» che tende ad una maggiore gravità¹⁷. Il comma 3 dell'art. 97-*bis* stabilisce che la sentenza irrevocabile che irroga nei confronti di una banca le sanzioni

¹⁶ Spetta «al pubblico ministero la presentazione della richiesta di audizione, da indirizzare al governatore della Banca d'Italia o al presidente della Consob o dell'Isvap, di deporre; le indicazioni di costoro risulteranno vincolanti per l'accusa in ordine al nominativo del funzionario designato, anche se il pubblico ministero e la polizia giudiziaria restano naturalmente liberi di sentire altri e diversi soggetti di tali istituzioni, in qualità di persone informate sui fatti. Alle predette *authorities* fa altresì capo un potere di intervento che, nel corso del procedimento penale, si esplicita nella "facoltà di presentare relazioni scritte" le quali, sia in virtù del prestigio dell'organo pubblico che le elabora, sia in ragione dell'elevatotecnico delle medesime, appaiono vicine - secondo taluno - a "consulenze tecniche di fatto", di non indifferente peso probatorio, nei confronti dei cui esiti l'ente incolpato dovrebbe potere esercitare il diritto al contraddittorio, nominando un consulente di parte»: BERNASCONI A., *op. cit.*, p. 37.

¹⁷ BERNASCONI A., *op. cit.*, p. 36. Secondo ARENA M., *op. cit.*, «di fatto il d.lg. ha attribuito alla Banca d'Italia il ruolo di giudice dell'esecuzione». Di per sé non è affatto contraddittorio che la gestione del «programma di tutela-stabilità dell'intermediario-risparmio comporti un inasprimento delle conseguenze genericamente preventivo-repressive a carico dell'intermediario "autore" di comportamenti illeciti. Contraddittoria, anzi persino paradossale, sarebbe, piuttosto, una disciplina diversa che, in nome della tutela delle funzioni di vigilanza, in presenza di un procedimento penale, paralizzasse il dispiegarsi dei "poteri" della Banca d'Italia, anche quelli più incisivi rispetto agli strumenti che i codici attribuiscono alla magistratura, impedendo alla pubblica autorità di vigilanza del settore di operare a tutela dei risparmi e del risparmio. Cfr.

dell'interdizione dall'esercizio dell'attività e della sospensione o revoca delle autorizzazione (o licenze ecc.), (art. 9, comma 2, lett. *a*) e *b*) d.lgs. 231/2001), decorsi i termini per la conversione (art. 78), è trasmessa per l'esecuzione alla Banca d'Italia, la quale, considerando le caratteristiche della sanzione irrogata e le preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela dei diritti dei depositanti e della clientela, può proporre ovvero adottare i provvedimenti previsti dal TULB per la disciplina delle crisi (titolo IV), accennati nel secondo paragrafo.

Questa disposizione presenta più di un profilo poco chiaro. Gli aspetti di maggiore incertezza sono quattro.

Non è chiaro se la Banca d'Italia sia vincolata dalle prescrizioni del giudice penale; è dubbio, cioè, se la Banca d'Italia possa persino non dare corso alla sentenza non assumendo, quindi, alcun provvedimento ovvero non proponendo al Ministro alcuna misura. Non è chiaro, inoltre, se il Ministro possa rifiutarsi ovvero semplicemente omettere di adottare il provvedimento (es. amministrazione straordinaria) proposto dalla Banca d'Italia e se in questo caso, come in quello di inerzia della stessa bankitalia, il giudice dell'esecuzione conservi un dovere-potere di intervento (se sì, quale?).

Non è chiaro se il provvedimento del Ministro ovvero quello della Banca d'Italia siano "impugnabili" dinanzi al giudice dell'esecuzione ovvero - come il tenore della disposizione lascerebbe intendere - dinanzi al giudice amministrativo¹⁸.

Non è chiaro, infine, se il giudice dell'esecuzione conservi un dovere-potere di intervento dopo l'annullamento del provvedimento della Banca d'Italia o del Ministro ad opera del giudice (amministrativo?).

DE FRANCESCO G., *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 935).

¹⁸ Giusto notare che viene «sottratta al controllo del giudice la competenza a conoscere dell'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, prevista dall'art. 74 d.lgs. 231/2001, in quanto, contro i provvedimenti adottati direttamente dalla Banca d'Italia, dalla Consob o dall'Isvap - o, su sollecitazione di queste ultime, dai Ministri dell'economia o delle attività produttive -, unico ricorso esperibile sarà quello "ordinariamente ammesso per gli atti delle predette autorità". Ne risulta di conseguenza svilita la funzione complessiva delle regole speciali introdotte per le banche, gli intermediari finanziari e le imprese assicurative sottoposte a processo penale; la proclamata intenzione di apprestare strumenti di salvaguardiafinalizzati ad attutire, in settori economici tanto delicati, gli effetti destabilizzanti tipici della sanzione penale, si è risolta in una estromissione del controllo del giudice sulla fase esecutiva - e nella correlativa amministrativizzazione della medesima - con conseguente venir meno delle garanzie di terzietà ed imparzialità connesse all'esercizio della giurisdizione penale»: BERNASCONI A., *op. cit.*, p. 43. Si tratta, peraltro, com'è stato osservato, di un rischio implicito in ogni forma più o meno espressa di depenalizzazione/degiurisdizionalizzazione, per tutti PALIERO C.E., *Le alternative alla tutela penale*, in G. Borrè - G. Palombarini (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, *Atti del convegno di Venezia, 8-9 maggio 1992*, Milano, Franco Angeli, 1998, p. 80.

LA COMUNICAZIONE CONGIUNTA BANCA D'ITALIA-CONSOB IN MATERIA DI RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE TRA *COMPLIANCE* E *INTERNAL AUDIT*: PRIME RIFLESSIONI

Avv. Fabrizio Colonna, Avvocato in Milano

1. Premessa

L'8 marzo 2011 il Governatore della Banca d'Italia ed il Presidente della Consob hanno sottoscritto una "Comunicazione congiunta BI-Consob in materia di ripartizione delle competenze tra *compliance* e *internal audit* nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio".

La premessa di tale documento risiede nel sistema dei controlli interni degli intermediari abilitati a prestare i servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio, disciplinato dal Regolamento congiunto Banca d'Italia - Consob, emanato il 29 ottobre 2007 ai sensi dell'art. 6, comma 2-*bis* del Testo Unico della Finanza in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, che prevede l'istituzione di apposite "funzioni aziendali", "permanenti e indipendenti, variamente articolate secondo criteri di proporzionalità"¹ preposte ai controlli relativi alla conformità alle norme (*compliance*)², alla gestione del rischio (*risk management*) ed alla revisione interna (*internal audit*).

Oggetto di questa indagine sono la prima e la terza funzione, cui è rivolta la Comunicazione congiunta citata, al fine di chiarirne i rispettivi compiti e responsabilità, con particolare attenzione ai controlli *cc.dd. ex post*, ove più facilmente risiederebbero "i rischi di sovrapposizione fra le due funzioni"³.

2. La comunicazione congiunta

In verità, tale Comunicazione congiunta non sembra cogliere nel segno, ed ancora una volta parrebbe risentire della difficoltà di comprensione dell'esatta collocazione

¹ Così la Comunicazione congiunta BI-Consob in materia di ripartizione delle competenze tra *compliance* e *internal audit* nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio, pag. 1, par. 1.

² Per un *excursus* sull'evoluzione della funzione di compliance, si veda F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer ed organismo di vigilanza*, in questa *Rivista*, 1-2008, p. 115, in particolare par. 1.

³ Così testualmente la Comunicazione al sesto capoverso del par. 1.

delle due funzioni nella mappa aziendale; più in particolare, l'approccio dei *regulators* sembra - da un lato - risentire di una sorta di complesso di inferiorità rispetto alla definizione di tali funzioni data negli ordinamenti anglosassoni, mentre - dall'altro - pare agitarsi dinanzi agli spettri di una loro traslazione in un'ottica che rispecchi necessariamente l'architettura tipica dei controlli disegnata per il nostro sistema economico-finanziario, conformandosi ai principi ed alle esigenze suoi propri.

Insomma, più che "chiarire i rapporti e i reciproci ambiti di competenza"⁴, si innalza il livello di potenziale confusione anche per la prospettata commistione: infatti, si ravvisa una "forte interrelazione" ed una "complementarità esistenti tra le funzioni di controllo di conformità e di revisione interna" per il tramite di "forme di collaborazione" che "valorizzino il patrimonio informativo" ricercando "sinergie operative" tra il personale "a disposizione delle due funzioni"⁵. Ciò appare pericoloso, poiché - a detta di chi scrive - aggiungere funzioni e consentire contemporaneamente tali commistioni rischia di vanificare lo scopo per il quale sono state predisposte, mirando semplicemente ad assecondare un disegno normativo di più ampia portata ma mal digerito localmente. E l'apoteosi di questo *modus procedendi* è raggiunta al quarto capoverso del paragrafo 4. dove testualmente è scritto "Sempre in un'ottica di valorizzazione della complementarità tra le due funzioni, al fine di rendere più efficiente il funzionamento dei controlli interni, la *compliance*, per lo svolgimento in loco delle proprie verifiche, normalmente si avvale, alla luce di un definito "accordo di servizio", di risorse e funzionalità dell'*internal audit*."⁶

In sostanza, la *compliance* - per operare - si deve avvalere ("normalmente" è scritto, quindi secondo la norma) dell'*internal audit*: ma allora perché due funzioni? Se l'obiettivo immanente è quello di contenere i costi di struttura, perché di fatto sottomettere la *compliance* all'*internal audit*? Quale indipendenza potrebbe essere accordata ad una funzione sottoposta? Forse che controlli di livello diverso suppongono anche una gerarchia interna?

Ma la conclusione del quarto capoverso del paragrafo 4, "In tal caso, gli intermediari predispongono accorgimenti atti ad assicurare che l'attività di controllo di terzo livello dell'*audit* sulla *compliance* sia ispirata a criteri di perdurante indipendenza e funzionalità" chiarisce ogni dubbio residuo: la *compliance* si avvale di personale suo proprio per lo svolgimento della sua attività istituzionale, tranne che per i controlli in loco per i quali si avvale dell'*internal audit*.

Quindi, sembra che solo laddove si tratta di valutare "il rischio di non conformità sotteso alle scelte strategiche adottate" e di svolgere "attività di verifica preventiva dell'efficacia delle procedure aziendali"⁷, la funzione di *compliance* opererà in autonomia o, meglio, non necessariamente in subordine ad altre funzioni aziendali. Viceversa, l'effettuazione delle verifiche dovrebbe essere concordata con l'*internal audit*, con notevoli rischi di compromissione dell'indipendenza di entrambe le funzioni. Infatti, chi potrebbe garantire che non vi siano accordi volti a tutelare reciprocamente le due funzioni al fine di scongiurare fastidiose situazioni conflittuali? E, trovandosi in questo la *compliance* subordinata all'*internal audit*, quale sarebbe il prezzo da pagare da parte della

⁴ Così testualmente la Comunicazione al quarto capoverso del par. 1.

⁵ Così testualmente la Comunicazione al primo capoverso del par. 4.

⁶ Così testualmente la Comunicazione al quarto capoverso del par. 4.

⁷ Così testualmente la Comunicazione alla definizione di *compliance*, par.2.

prima al fine di evitare che eventuali rilievi possano essere portati all'attenzione dei vertici aziendali compromettendone l'immagine? Insomma, sembrerebbe esservi stata una vera e propria presa di potere dal parte della revisione interna sulla funzione di conformità alle norme volta a limitare l'operatività della seconda e - svuotandone così i contenuti - a renderla innocua nel contesto aziendale. Evidentemente, non sarà questo il caso quando la funzione di revisione interna non sarà stata istituita in applicazione del principio di proporzionalità così come previsto dal Regolamento congiunto⁸.

E' - a tale proposito - interessante rilevare come la prospettata disciplina in materia di gestione collettiva del risparmio a seguito del recepimento della Direttiva 2009/65/CE (la cd. "UCITS IV") sottoposta a consultazione pubblica l'11 maggio 2011 preveda, al Capitolo IV del Titolo IV, paragrafo 8., che SGR e SICAV trasmettano alla Banca d'Italia la relazione della funzione di controllo di conformità alle norme e la relazione della funzione di revisione interna entro 30 giorni dall'approvazione del bilancio di esercizio, entrambe accompagnate dalle osservazioni e determinazioni degli organi aziendali in ordine alle eventuali carenze rilevate⁹, precisando così quanto enunciato nel Regolamento congiunto *sub* art. 16, par. 3, in merito all'obbligo di periodicità almeno annuale della presentazione agli organi aziendali delle relazioni sull'attività svolta: ora però si parla di sola "trasmissione" e non più - od anche - di "presentazione" della relazione, facendo forse venir meno la necessità di esposizione orale della stessa ma vincolando temporalmente l'adempimento che si trova quindi ad avere una data certa di riferimento.

Sempre il documento - peraltro congiunto - di consultazione sulla UCITS IV rivede la terminologia adoperata facendo ora testuale riferimento alla funzione di controllo di conformità alle norme ed alla funzione di revisione interna, quest'ultima sempre adottata da Banca d'Italia nei documenti previgenti all'introduzione nella regolamentazione della funzione di compliance, contrariamente a quanto scritto nella comunicazione congiunta oggetto di questo contributo¹⁰, ma coerentemente con quanto previsto nel Provvedimento del 29 ottobre 2007 mediante il quale è stato emanato il Regolamento congiunto Banca d'Italia - Consob in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio menzionato.

Probabilmente, il presupposto logico-pratico delle due Autorità è in parte diverso: infatti, la *compliance* "può effettuare accessi in loco"¹¹, "può svolgere controlli in loco"¹², mentre l'*internal audit* conduce "controlli periodici"¹³, "verifiche di natura ispettiva"¹⁴, di fatto distinguendo la tipologia di interventi anche in forza della diversa

⁸ Vedasi art. 12, par. 5, di tale Regolamento.

⁹ Provvedimento della Banca d'Italia del 14 aprile 2005 di adozione del "Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio", che al Titolo IV, Capitolo III, Sezione II, poi abrogato dal Regolamento congiunto, Disposizioni comuni alle Sgr e alle SICAV fu il primo documento ad individuare l'esigenza di "controlli sulla conformità alle disposizioni di legge, ai provvedimenti delle autorità di vigilanza e alle norme di autoregolamentazione (es.: protocolli di autonomia, codici di autodisciplina) nonché a qualsiasi altra norma applicabile alla SGR ("compliance")", anticipando così il *trend*, vedasi F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer ed organismo di vigilanza*, cit., 117.

¹⁰ Si veda al Titolo IV, Capitolo IV, Sezione II, paragrafo 8.

¹¹ Così testualmente la Comunicazione al par. 3, primo *bullet*.

¹² Così testualmente la Comunicazione al par. 2, primo *bullet*.

¹³ Così testualmente la Comunicazione al par. 2, secondo *bullet*.

¹⁴ Così testualmente la Comunicazione al par. 3, secondo *bullet*.

modalità degli stessi che per la conformità alle norme sembrano avvenire a campione mentre per la revisione interna rivestono carattere di sistematicità¹⁵.

Sarebbe così spiegato l'interrogativo posto in precedenza con riferimento alla supposta sottoposizione della *compliance* all'*internal audit* nell'ottica della "valorizzazione della complementarietà tra le due funzioni di controllo¹⁶", ma rimarrebbero non chiariti gli "accorgimenti¹⁷" volti ad assicurare "criteri di perdurante indipendenza e funzionalità¹⁸". In sostanza, parrebbe che uno dei principali obbiettivi della Comunicazione congiunta sia quello di evitare sovrapposizioni nelle attività di controllo esercitate dalle due funzioni, sovrapposizioni che sono invece coltivate nella regolamentazione dove la cultura dei controlli ha i suoi natali, proprio per assicurare la maggiore effettività di uno schema a matrice rispetto ad uno schema classico che invece mal le digerisce.

Infine, l'ultimo paragrafo della Comunicazione congiunta prevede che "Nel caso in cui SIM o SGR di minore dimensione e complessità operativa decidano di non istituire, sulla base del criterio di proporzionalità, una funzione di *audit* permanente e indipendente, le stesse adottano soluzioni organizzative per assicurare comunque l'efficacia dell'attività di revisione interna. In questi casi la responsabilità di tali attività dovrà far capo direttamente agli organi aziendali, che potranno delegare i relativi compiti di controllo a uno o più componenti non esecutivi dell'organo amministrativo. Questi ultimi potranno avvalersi di personale inserito nell'organizzazione nell'intermediario purchè non addetto alle strutture da controllare". In sostanza, SIM ed SGR più "leggere" possono fare a meno dell'*audit*, ma debbono traslare in capo agli organi aziendali la responsabilità dell'attività di revisione interna che potrà essere delegata a membri non esecutivi dell'organo amministrativo con facoltà di sub-delega a personale dell'intermediario stesso diverso da quello inserito nelle strutture da controllare: il rischio di possibili commistioni è elevatissimo, perché si innescerebbe un meccanismo di "do ut des" tra il personale di volta in volta utilizzato per l'effettuazione dei controlli che dovrà necessariamente variare di volta in volta. Non si comprende, quindi, come mai "nell'ottica di chiarire i rapporti ed i reciproci ambiti di competenza della compliance e dell'*internal audit* con riferimento in particolare alla gestione ed al controllo dei rischi legali e reputazionali ai quali l'intermediario è esposto¹⁹" vengano dettate "linee applicative di carattere generale²⁰" in palese contraddizione con i principi di separatezza più volte conclamati a gran voce dagli estensori della Comunicazione congiunta: più in particolare, non è agevole comprendere dove risiedano quelle "difficoltà nella ripartizione dei compiti tra dette funzioni, riscontrabili principalmente nelle attività di verifica sul posto dell'efficacia delle procedure di controllo e della conformità dei comportamenti delle strutture operative²¹". Forse che solo l'*internal audit* abbia la capacità di compiere verifiche, spogliandosi laddove necessario delle vesti di controllore di terzo livello per indossare quelle di controllore di secondo livello? E ci si è chiesti come mai ciò non accada

¹⁵ Ad analoga conclusione sembra pervenire G. BARBARA, in "Prove di chiarezza sui controlli in banca", Milano Finanza, 21 maggio 2011, p. 31.

¹⁶ G. BARBARA, cit.

¹⁷ Così testualmente la Comunicazione al par. 4, ultimo capoverso.

¹⁸ Vd. nota precedente.

¹⁹ Così testualmente la Comunicazione al par. 1, quarto capoverso.

²⁰ Vd. nota precedente.

²¹ Così testualmente la Comunicazione al par. 1, terzo capoverso.

altrove, dove la compliance è nata? O forse che la cultura regolamentare degli altri paesi, in particolare del Regno Unito e degli Stati Uniti d'America, abbia creato apposta la *compliance* quale mero schermo riservandone l'attività di verifica di competenza all'*internal audit*? Diversamente non si spiegherebbe un atteggiamento di tale chiusura verso una funzione quale quella di conformità alle norme che con tanta fatica si sta facendo largo nella cultura dei soggetti vigilati, e non solo nel settore degli intermediari²².

Per “assicurare l'imparzialità delle verifiche, la funzione di conformità non può essere affidata alla funzione di revisione interna” scriveva Banca d'Italia nel suo documento n. 688006 del 10 luglio 2007²³; ora, come ricordato all'inizio, “al fine di rendere più efficiente il funzionamento dei controlli interni, la compliance, per lo svolgimento in loco delle proprie verifiche, normalmente si avvale, alla luce di un definito “accordo di servizio”, di risorse e funzionalità dell'*internal audit*.”²⁴: sarà interessante vedere come gli operatori si conformeranno a tali indicazioni, e quali procedure predisporranno al fine di “assicurare che l'attività di controllo di terzo livello dell'*audit* sulla *compliance* sia ispirata a criteri di perdurante indipendenza e funzionalità”.

²² Si veda F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer ed organismo di vigilanza*, in questa *Rivista*, 1-2008, p. 115, par. 1, cit. *sub* nota 2.

²³ Sub par. 6 del documento citato.

²⁴ Così testualmente la Comunicazione al quarto capoverso del par. 4.

D.LGS. 231/2001 ED IMPRENDITORI INDIVIDUALI: INTERPRETAZIONE DELL'ART. 1 E PRESUNTE ESIGENZE PENAL-PREVENTIVE NELL'“IMPREVISTO” *REVIREMENT* DELLA CASSAZIONE

Avv. Sandro Bartolomucci, Partner LS Lexjus-Sinacta

Parafrasando un noto personaggio potremmo commentare “Non si può stare mai tranquilli ...”. Se nel compendio delle problematiche interpretative ed applicative in materia di d.lgs. 231/2001, a ben dieci anni dalla promulgazione dell'innovativa disciplina (invero, da non molto percepita e “tollerata”) c'era un principio certo e condiviso, oltre che autorevolmente dichiarato, era proprio quello della sua inapplicabilità all'impresa individuale.

Ebbene, la recentissima sent. Cass. Sez. III Pen. n. 15.675, depositata il 20 aprile 2011, con un improvviso e discutibile *revirement*, ha “sconfessato” il precedente orientamento consolidatosi fino ad oggi.

Il (nuovo) principio della ricomprensione, tra i destinatari “della 231”, (anche) dell'imprenditore individuale porta seco l'operatività, anche per tale figura, dell'onere dell'autorganizzazione in chiave penal-preventiva, unico lasciapassare per l'esimente da responsabilità per illecito da reato.

Il pronunciamento appare espressione del *trend* orientato all'inasprimento dell'azione di prevenzione e contrasto della criminalità economica, attuato a livello legislativo mediante l'inserzione (tardiva) nel *numerus clausus* delle fattispecie di reato già previste nella Legge delega 300/2000, oltre che nell'ipertrofica novellazione, sebbene con fattispecie talora di improbabile verifica nel contesto dell'impresa non intrinsecamente criminale.

Medesima tendenza connota anche l'azione giurisprudenziale. Si pensi alla dichiarata (Cass. Pen. n. 28699/2010) soggezione al decreto delle società a capitale misto pubblico/privato, o anche pubblico totalitario (Cass. Pen. n. 234/2011), in quanto svolgenti attività imprenditoriale secondo le norme di diritto comune, sebbene erogino servizi di rilevanza pubblica. Tali enti si erano finora sottratti a tale incombente proprio in ragione della colorazione pubblicistica. All'ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale ambrosiano (30 maggio 2011, n. 820) che ha condannato una ONLUS ad una sanzione pecuniaria per illecito dipendente da reato di truffa in danno di un ente pubblico. O, ancora, alla recente sentenza della Cassazione (Sez. V Pen. n. 24.583/2011) che ha, provvidenzialmente, fissato le condizioni necessarie all'imputazione della Capogruppo per illecito da reato commesso nell'ambito della propria Controllata.

Ciò nondimeno, le conseguenze non solo teoriche, quanto applicative, della ricomprensione dell'impresa individuale possono risultare controproducenti rispetto alla già difficile conformazione (*"moral suasion"*) al disposto del decreto 231.

Rinunciando ad un'analisi approfondita della sent. n. 15.675 cit. - per la quale si rinvia ad altro contributo nel presente numero della Rivista - intendiamo svolgere alcune osservazioni e riflessioni in chiave critica sulle argomentazioni addotte per proclamare l'estensione soggettiva di tale regime normativo.

1. L'orientamento prevalgente

Antecedentemente la pronuncia in commento, gli unici precedenti giurisprudenziali, riguardanti peraltro la medesima fattispecie concreta, risultavano l'ordinanza del G.i.p. Trib. Roma 30 maggio 2003 e la successiva sent. Cass. Sez. VI Pen. Sent. 3 marzo 2004 n. 18.941 cit.¹ disponente il rigetto del ricorso del P.R. avverso il diniego dell'applicazione di una misura cautelare interdittiva.

I motivi dell'inapplicabilità si incentravano nella espressa destinazione della norma, ex art. 1, comma 2, agli enti collettivi di stampo privatistico quali enti, società, associazioni con/senza personalità giuridica. Oltre all'argomento della *voluntas legis*, veniva rilevata l'impraticabilità di un'interpretazione analogica giacchè il necessario presupposto per la configurazione della responsabilità amministrativa (propria) dell'ente è la sua soggettività giuridica ed alterità rispetto alla persona fisica che, autore del reato nell'interesse/vantaggio dell'ente metagiuridico, già ne risponde personalmente in sede penale.

Difettando tale schermo giuridico nell'impresa individuale si realizzerebbe un cumulo di sanzioni in capo al medesimo soggetto, con conseguente violazione del principio del *"ne bis in idem"* sostanziale.

Il successivo pronunciamento della S.C. nel 2004 ribadisce l'inapplicabilità con più ampio ventaglio di motivazioni, rigettando i motivi di ricorso, così sintetizzabili: mancata espressa esclusione ex art. 1; doverosità della ricomprensione, in ossequio ad un'interpretazione sistematica e razionale, di soggetti economici tendenzialmente a rischio, agendo con strutture agili e prive di controlli; disparità di trattamento tra imprese con struttura elementare e corporativistica; da ultimo, richiamo alla figura della Srl Unipersonale ricompresa nella gamma dei destinatari del decreto.

I Giudici togati disattendono i motivi di censura in base alle seguenti argomentazioni.

Intanto, la matrice disciplinare a livello internazionale (*inter alia*, Conv. OCSE del dicembre 1997, Secondo Protocollo CE del 1979) e nazionale (legge delega 300/2000, art. 11) dell'art. 1 d.lgs. 231 indica quali destinatari gli enti "collettivi", quali soggetti a contesto plurisoggettivo di rilievo giuridico metaindividuale.

Richiamando la Relazione accompagnatoria al decreto, le ragioni di politica criminale sottese alla disciplina nazionale sono individuate nella consapevolezza delle *"pericolose manifestazioni di reato poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa"*.

La distinta soggettività giuridica dell'ente collettivo rispetto al soggetto fisico autore del reato, nonchè la dimensione pluripersonale, che sollecita un'attenta gestione e

¹ In Cass. Pen. 2004, 12, 4047 ss. annotata da Geronimo.

direzione in chiave prevenzionale, risultano i connotati tipici e necessari all'imputabilità dell'ente. Quindi, soggettività giuridica e organizzazione interna risultano i tratti tipizzanti l'ente collettivo e la sua responsabilità per illecito. Rispetto a quest'ultima è il medesimo decreto a sancirne la supplementarietà rispetto alla responsabilità penale dell'autore del reato, nonchè l'esposizione alla sanzione pecuniaria con l'intero suo patrimonio o fondo comune².

Tali requisiti non ricorrono nel caso dell'impresa individuale³, contraddistinta dal soggetto *dominus* (persona fisica imprenditore), titolare esclusivo degli effetti giuridici ed economici con il proprio patrimonio e la propria responsabilità personale ed illimitata, fino alla fallibilità in caso di insolvenza.

All'eccezione mossa dal ricorrente circa la disparità di trattamento lesiva della garanzia costituzionale dell'art. 3 i Giudici di legittimità contrappongono proprio l'intrinseca ed irriducibile diversità soggettiva tra impresa collettiva ed individuale. Che non può essere superata neanche in sede interpretativa, stante il divieto di analogia "*in malam partem*" (art. 14, Preleggi al Cod. civ.).

E' questa, schematicamente, l'impalcatura argomentativa del precedente orientamento giurisprudenziale cui si sono conformate per circa sette anni tutte le corti giudicanti; del pari condiviso dalla Dottrina, oltre che percepito dagli operatori economici quale "soglia", dorsale di dispiuvio, tra enti collettivi privati potenzialmente imputabili per l'illecito ed enti individuali rispetto ai quali la responsabilità patrimoniale e penale è riferibile unicamente alla persona dell'imprenditore.

2. Le argomentazioni della *dissenting opinion*

In tale scenario viene a collocarsi il nuovo arresto dei Giudici di legittimità, con la sentenza che ha rigettato il ricorso di un'impresa individuale siciliana condannata dal Tribunale del Riesame alla misura interdittiva per il reato di associazione a delinquere (art. 24-ter) al fine di raccolta, smaltimento e traffico illecito di rifiuti pericolosi per il quale era stato condannato l'imprenditore-persona fisica.

Tra gli argomenti utilizzati dai Giudici della III Sez. Penale possiamo distinguere valutazioni di ordine interpretativo dell'art. 1 d.lgs. 231, da un singolare inquadramento teorico della figura dell'impresa individuale, mai sufficientemente indagata dalla Dottrina.

L'*incipit* muove dal rigetto della tesi sostenuta dalla sentenza n. 18.941 cit. che viene così letteralmente sintetizzata "*...soltanto sugli enti dotati di personalità giuridica che siano strutturati in forma societaria o pluripersonale, possano farsi gravare gli articolati obblighi nascenti dal testo normativo in esame*".

Tale precedente, contestato in quanto ritenuto "privo di pregio", ad un'attenta analisi non incentrava la ratio dell'esclusione nella necessaria ricorrenza della "personalità giuridica" dell'ente. Proclamava, invece, l'indispensabile alterità giuridico-

² Responsabilità che deve permanere in capo all'ente responsabile. Infatti gli artt. 28-33 dettano una disciplina delle vicende modificative soggettive onde impedire che, mediante strutturazioni ed operazioni straordinarie, l'ente possa sottrarsi alle responsabilità ascrittegli.

³ Né alle *species* dell'impresa familiare, ex art. 230-bis c.c. e dell'impresa coniugale, ex art. 177, lett. d) c.c.

soggettiva tra persona fisica-agente e soggetto non antropomorfo, destinatario degli effetti vantaggiosi rivenienti dalla commissione del reato presupposto⁴.

Alterità questa non prospettabile nell'impresa individuale (tanto meno nella contermine, ma diversa, figura della "ditta individuale")⁵, presente invece in tutti gli enti collettivi aventi fonte costitutiva in un contratto plurilaterale in cui le prestazioni di ogni membro perseguono uno scopo comune. Ad iniziare dal soggetto privatistico a struttura elementare, qual'è l'associazione non riconosciuta (art. 36 c.c.)⁶, ciò nondimeno soggetto di diritto distinto dagli associati ed avente autonomia patrimoniale⁷, ancorchè imperfetta⁸.

Quanto all'ermeneusi dell'art. 1 è indubitabile che il disposto del 2° alinea non esprima *expressis verbis* un'esclusione dell'impresa individuale dal novero dei destinatari della norma, come invece con diversa tecnica normativa (elencazione *ad excludendum*) opera il comma 3 con riguardo a taluni soggetti pubblici. Ciò nonostante, l'alternativa interpretazione in termini di inclusione "implicita" resta esclusa dall'estraneità dell'impresa individuale rispetto alla categoria degli enti collettivi⁹. Inclusione non praticabile neanche mercè la proposta appartenenza alla generale categoria degli enti forniti di personalità giuridica, nonchè di società e gruppi associativi impersonali, giacchè rispetto ai primi difetta della personalità, rispetto ai secondi non è evocabile la diversa categoria della soggettività giuridica.

Ne consegue che l'esercizio dell'impresa, sostanziantesi *ex art.* 2082 c.c. nell'impiego stabile e coordinato di fattori produttivi (capitale e/o lavoro proprio o altrui), perchè possa dar luogo alla responsabilità amministrativa per illecito dell'ente abbisogna di un *quid pluris* qualificante. Deve ricorrere un ente collettivo¹⁰, "soggetto-gruppo", aggregato organizzato per il perseguimento di un risultato comune, quale autonomo centro di imputazione di interessi giuridici, altro dalla persona fisica agente, titolare di un proprio interesse distinto ed ulteriore rispetto a quello delle persone che lo compongono, a beneficio del quale il reato-presupposto può essere commesso.

La necessità di tale "bagaglio genetico" discende da varie prescrizioni del d.lgs. 231.

Oltre ai già richiamati artt. 8 e 27, definenti la responsabilità patrimoniale personale dell'ente per l'illecito, citiamo gli artt. 43 e 57 per gli aspetti processuali e

⁴ Nella sent. n. 15.675 in esame viene contestato all'impresa ricorrente il mancato assolvimento dell'onere probatorio ad essa incombente - da cui l'inaccogliibilità del ricorso - circa la carenza di personalità giuridica, qualità ritenuta indefettibile per l'applicazione del d.lgs. 231. Tale assorbente lacuna - si legge - esime il giudicante da una compiuta analisi della portata soggettiva della norma.

⁵ Del pari difetta, con conseguente inapplicabilità del d.lgs. 231, nei casi del consorzio con attività interna, dell'A.T.I., dell'associazione in partecipazione, del trust, nonchè del fondo patrimoniale e dell'eredità giacente.

⁶ La Relazione governativa al decreto definisce come tipici destinatari della normativa gli enti che "seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla", facoltà questa sempre esercitabile nell'associazione non riconosciuta.

⁷ Secondo la lezione di Galgano, secondo il quale l'ente personificato e quello privo di formale riconoscimento partecipano del medesimo genus, struttura e tipologia contrattuale, salvo nel secondo caso la soggezione ad un trattamento normativo differenziato, riconducibile al distintivo regime della responsabilità patrimoniale non limitata. Vedasi sin dal risalente: Delle associazioni non riconosciute e dei comitati, Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca, Zanichelli 1976, 111. In Giurisprudenza cfr. Cass. 12 ottobre 1973, n. 2572.

⁸ Onde evitare che nelle società ed associazioni prive di un'autonomia patrimoniale perfetta per il pagamento della sanzione pecuniaria, in caso di incapienza, rispondano personalmente e solidalmente i soci e gli associati che hanno agito in nome e per conto dell'ente, l'art. 27, comma 1 ha sancito la limitazione espressa di tale responsabilità al patrimonio o fondo comune del soggetto giuridico.

⁹ Interpretazione che, peraltro, si esporrebbe alla censura di violazione del principio di legalità (art. 2 d.lgs. 231 e art. 25, comma 2, Cost.).

¹⁰ Il concetto di impresa collettiva si diversifica a seconda che persegua uno scopo di lucro o mutualistico (società), ovvero un fine ideale e non lucrativo (es. associazione).

procedimentali. Quanto all'impianto sanzionatorio interdittivo, gli artt. 9, comma 2, lett. b), 14 e 15¹¹ che presuppongono la dimensione organizzativa dell'ente, tanto da prevedere (e raccomandare) il sanzionamento "chirurgico" della specifica attività, ovvero del precipuo ambito aziendale nel quale è stato posto in essere il reato. Principio questo recepito e applicato dalla Giurisprudenza (Cass. Pen. Sez. VI, sent. 25 gennaio 2010 n. 20.560)¹².

L'indispensabile alterità soggettiva, al di là dell'aspetto propriamente regolamentare, risulta principio informatore del decreto, nonchè valenza identificativa dell'autonoma imputabilità dell'ente collettivo. Giusta il parametro oggettivo dell'art. 5 (interesse/vantaggio del soggetto meta-individuale), l'ente risponde personalmente per aver indotto il soggetto funzionale a delinquere (*policy* criminale), ovvero per aver negligenzemente omissso di prevenire tale eventualità, sostanziano un colpevole *deficit* organizzativo e gestionale. Tale necessario impianto presuppone la distinzione e coesistenza del soggetto giuridico e della persona fisica, quindi un contesto plurisoggettivo avente un coefficiente minimo di organizzazione.

La carenza di alterità tra impresa individuale e persona fisica-imprenditore oltre a precludere l'ascrivibilità alla prima della responsabilità propria per illecito impedisce, del pari, la configurabilità dell'unica ipotesi di rottura del nesso oggettivo di imputazione, quando l'autore del reato abbia agito "nell'interesse esclusivo proprio o di un terzo" (art. 5, 2° alinea). Infatti, tale distinguo risulta impraticabile stante l'impossibile prefigurazione di una distinta e contrapposta posizione di interesse proprio dell'impresa individuale. Peraltro, la condizione di unisoggettività porterebbe a riferire l'interesse in modo indistinguibile alla persona fisica.

Vediamo bene che non si tratta di semplice "diversità di involucro" (così nella sent. cit.) giacchè la distinzione tra ente collettivo e suo rappresentante o esponente porta seco ulteriori distinguo: l'articolazione dei centri decisionali e di controllo, la separatezza tra patrimonio sociale e quello personale, il diverso titolo di imputazione della responsabilità per illecito rispetto a quella per reato. Tant'è che neanche risulta condivisibile l'assimilazione - fatta sull'onda del richiamo alla teorica della qualificazione dell'impresa quale attività - tra impresa individuale e persona giuridica nella quale verrebbe a confondersi la persona dell'imprenditore.

Quanto al presunto "vuoto normativo" ascrivibile alla disparità di trattamento tra chi opera attraverso un'impresa a struttura elementare e chi si dota di architetture organizzative complesse, osserviamo che proprio dalla libera scelta della modalità di esercizio dell'attività economica solo nel secondo caso ricorre la fisionomia dell'ente che giustifica la valutazione della *vis* criminogena e, per l'effetto, l'attivazione di un'azione prevenzionale rivolta a quanti in/per essa operano.

La diversità, diremmo ontologica, tra individualità e collettività dell'esercizio dell'impresa¹³ trova conferma anche in un altro principio giurisprudenziale, da tempo consolidato.

¹¹ La recente sent. Cass. Pen. n. 153/2010 depositata il 10 maggio ha applicato l'art. 15 limitando l'ambito di applicazione della misura sostitutiva dell'interdittiva ad una specifica attività dell'impresa, nominando un "commissario settoriale" investito della gestione del circoscritto ambito aziendale esposto al rischio-reato.

¹² Il principio della cd. frazionabilità delle sanzioni interdittive risponde sia all'esigenza di "neutralizzare il luogo nel quale si è originato l'illecito", che di realizzare un sanzionamento adeguato e proporzionale.

¹³ Impresa che in base ad un criterio di differenziazione della natura giuridica del titolare si distingue in individuale, societaria e pubblica; Campobasso, Diritto commerciale, Diritto dell'Impresa, Utet 1993,1, 82.

Sebbene la Riforma societaria del 2003 abbia ammesso e favorito le trasformazioni trans-tipiche ed eterogenee, resta ancora inibito il passaggio dalla società personale all'impresa individuale, non solo a cagione del silenzio della norma (art. 2500-*septies*), quanto per la “*diversa natura della persona giuridica e della persona fisica*” (cfr. App. Torino, 14 luglio 2010).

Tornando alla sentenza, a sostegno del proprio impianto argomentativo viene evocata la consolidata applicazione del decreto alla S.r.l. Unipersonale¹⁴, nonchè smentito il dato caratterizzante della elementarietà organizzativa dell'impresa individuale, in ragione del possibile utilizzo di strutture complesse nelle quali le funzioni vengono delegate dall'imprenditore.

A parere di chi scrive entrambi i richiami appaiono inconferenti e fuorvianti.

Quanto alla S.r.l. Unipersonale, pur condividendo la matrice socio-centrica che riveste massima espressione nel caso in cui l'unico socio persona fisica rivesta il ruolo di amministratore unico e manchi il collegio sindacale - assetto questo assimilabile alla condizione dell'imprenditore individuale e che accomuna la sostanza economica delle due diverse figure - ciò che diverge è la titolarità della personalità giuridica della S.r.l. cui è correlato l'assetto di *corporate governance* e la responsabilità patrimoniale perfetta, caratteri questi propri e necessari della (sola) *societas*¹⁵.

Pur nella difficile individuazione della linea di confine tra interesse della società e quello del socio unico, specie quando viene strumentalizzato lo schermo societario, è la personalità giuridica della *societas* a fondare la responsabilità amministrativa per illecito, che è propria dell'ente in quanto riconducibile ad un'insufficiente autorganizzazione in prospettiva anti-reato.

Per converso, nell'impresa individuale (“soggetto-individuo”) è la persona fisica l'unico soggetto gestore e decisore (ed unico soggetto qualificabile come apicale) mancando organi sociali rappresentativi, nonchè destinatario degli effetti giuridici ed economici realizzati, con conseguente responsabilità patrimoniale.

Quanto al richiamo del fenomeno, invero di portata marginale, dell'impresa individuale avente struttura organizzata e rilievo dimensionale - comunque priva di schemi tipicamente corporativistici - valga osservare che nel caso in cui il reato sia compiuto non dall'imprenditore medesimo, ma da uno dei suoi collaboratori, agente in virtù di un rapporto contrattuale o di una procura speciale, troverà applicazione la disciplina del concorso di persone nel reato, *ex art. 110 c.p.*. In tale circostanza, pur realizzandosi la scissione tra autore del reato e titolare dell'impresa il vantaggio illecito richiesto dall'art. 5 non potrà che essere riferito all'imprenditore persona fisica.

3. Il presumibile impatto del nuovo principio

Il discorso che andiamo svolgendo, volto a verificare la sostenibilità del principio di applicabilità del decreto 231 all'impresa individuale, potrebbe ritenersi una disquisizione teorica ed ineffettiva, mossa da un'esigenza meramente tassonomica. Ma non è così, per diverse ragioni.

¹⁴ Cfr. G.I.P. Trib. Milano ord. 12 marzo 2008.

¹⁵ Nei limiti del disposto del comma 2, art. 2462 c.c..

Con la pronuncia non solo è venuta meno la nomofiliachia della norma. Il problema coinvolge oggi circa 3,5 milioni di imprese individuali vigenti, pari al 55% delle imprese registrate al 2010 (fonte Unioncamere). Trattasi prevalentemente di micro-imprese, molto attive, di struttura se non elementare, semplificata, facilmente costituibili¹⁶ assolvendo alcuni adempimenti pubblicitari e fiscali¹⁷ ed operanti senza alcuna struttura organizzativa, gestionale e di controllo.

Di talchè l'assoggettabilità ad una responsabilità para-penale ai sensi del d.lgs. 231/2001 cui consegue la doverosità di una scelta organizzativo-precauzionale, se non altro finalizzata all'accesso al beneficio d'esimente, creerebbe problemi, disagi, diffidenze e costi talora esiziali.

Il principio potrebbe innescare anche un effetto riflesso, ancor più pernicioso, quale la generalizzata resistenza degli operatori economici, oggi fortemente impegnati a fronteggiare una irresolubile crisi economica, i quali a fronte di un'applicazione giurisprudenziale indiscriminata e non "selettiva", sarebbero indotti a disattendere la norma anche nei casi di effettiva cogenza.

E' notoria la resistenza endemica all'adeguamento volontario al decreto da parte delle micro e piccole imprese, puranche del tipo collettivo (rectius, societario). Fenomeno che sollecita da tempo un intervento legislativo volto a prevedere, se non disapplicazioni della norma, almeno applicazioni ragionate, semplificazioni ed agevolazioni come la prefigurazione di un Modello Organizzativo *standard* (meno oneroso), elettivo per gli enti minori.¹⁸

Situazione solo in parte mitigata dal carattere facoltativo dell'adozione del Modello Organizzativo, principio sempre può teorico che sostanziale, stante la proliferazione di previsioni legislative speciali, settoriali e anche locali¹⁹ disponenti l'obbligatoria (e certificata) adozione del Modello, la cui dotazione condiziona l'instaurabilità di rapporti giuridici con taluni soggetti, o lo svolgimento di determinate attività economiche.

Anche da una sommaria verifica di carattere comparatistico emerge che la disciplina de qua in altri ordinamenti trova ancoraggio soggettivo nelle persone giuridiche, possibili destinatarie della responsabilità amministrativa - quando non propriamente penale - per illecito e delle conseguenti sanzioni²⁰.

Ad esempio, in Spagna la *Ley Organica* 5/2010 (di modifica al *Código Penal*) all'art. 31 sancisce la responsabilità penale *tout court* delle "persone giuridiche", mentre all'art. 31-bis abilita il giudice ad applicare discrezionalmente una "*consecuencias accesorias*" nei confronti di enti o gruppi sprovvisti di personalità giuridica, ove risultino sede della commissione del reato, ovvero ne siano coinvolti.

Nel recente U.K. *Bribery Act* del 2010 (in vigore dal luglio 2011) emanato per la disciplina dei reati di corruzione privata e del pubblico ufficiale nazionale o straniero,

¹⁶ Lunghi da vincoli di formalità e contrattuali, la costituzione e l'estinzione dell'impresa individuale discende da circostanze obiettive e fattuali.

¹⁷ Oggi realizzabili mediante la presentazione per via telematica della Comunicazione Unica al Registro delle imprese territorialmente competente.

¹⁸ Per un approfondimento di tale tematica ci sia concesso rinviare a BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del (fantomatico) Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001 dedicato alla P.M.I.*, in questa *Rivista* 2-2010, pp. 93 ss..

¹⁹ Da ultimo, vedasi la legge Regione Abruzzo 25 maggio 2011, n. 15, che, con alcune modifiche riduttive rispetto al Progetto di legge (Chiavaroli) per la prima volta, pone vincoli di dotazione del Modello 231 agli enti e società pubbliche dipendenti o strumentali rispetto alla Regione.

²⁰ Quando si sia inteso assoggettare anche l'impresa individuale alla disciplina della responsabilità per illecito da reato lo si è disposto legislativamente. E' il caso dell'ordinamento danese e di quello svizzero richiamati nella nota a sentenza di Geronimo, cit..

il *range* soggettivo degli imputabili per “*failure to prevent bribery*” (Sezione 7) è limitato alle “*commercial organizations*”, ossia a quegli enti che svolgono attività di *business*.

In Francia il *Code Pénal* (modificato nel 2004) all'art. 121-2 sancisce la responsabilità penale delle “*personnes morales*”, quali enti privati o pubblici, escluso lo Stato, aventi personalità giuridica.

Da ultimo, nel sistema tedesco, la OWiG prevede la responsabilità della persona giuridica o anche dell'associazione non riconosciuta, imputabili a titolo di omessa sorveglianza e controllo posto a carico dei soggetti organici, i quali avendo rappresentanza e responsabilità, indentificano lo stesso ente corporativistico (pr. immedesimazione organica).

4. Una simulazione applicativa

Per una verifica della correttezza e praticabilità del nuovo principio di diritto valga anche una riflessione di rilievo pragmatico in termini di “costi/benefici”.

Pur ipotizzando (tuzioristicamente) la soggezione dell'imprenditore individuale alle prescrizioni del decreto, ossia alla responsabilità per illecito e al conseguente impianto sanzionatorio, sul correlato onere autorganizzativo con finalità penal-preventiva sorgono spontanee alcune perplessità circa la costruzione del Modello 231 e il conseguente *enforcement*.

Ci chiediamo: chi dovrebbe essere destinatario delle prescrizioni del Codice etico adottato dalla tipica impresa individuale, priva di organi decisori, non soggetta a controlli e che si avvale di pochi collaboratori, sovente inquadrati da rapporti lavorativi *ad tempus*?

Quali rischi-reato potrebbero essere mappati stante la (presumibile) non censibilità di molteplici tipologie di reato-presupposto (a titolo indicativo, *ex artt. 25-ter*, Reati societari, *25-sexies*, *Market abuse*, *25-octies*, Antiriciclaggio e, ove non ricorrano relazioni amministrative, negoziali o finanziarie con la P.A., tanto meno gli artt. 24 e 25)?

Quanto ai Protocolli comportamentali, chi dovrebbe soggiacere alle relative prescrizioni considerando che tratto connotativo dell'impresa individuale è l'assenza dei tipici strumenti di *governance*, come organigrammi, funzionigrammi, mansionari, deleghe di poteri, sistemi ed organi di controllo? E generalmente difetta sia un'articolazione in aree aziendali, che l'individuazione di gestori e responsabili di processo²¹.

A quale “platea” di soggetti apicali od eterodiretti dell'ente potrebbero essere irrogate le sanzioni disciplinari in caso di violazione delle prescrizioni del Modello Organizzativo?

Chi dovrebbe essere il destinatario dei moduli formativi in materia 231?

Quali gli interlocutori dei flussi informativi, da attivare in regime di reciprocità e continuità?

E da ultimo chi, se non la persona dell'imprenditore, potrebbe rivestire il ruolo di Organismo di Vigilanza unisoggettivo, esercitando l'opzione agevolativa accordata

²¹ Peraltro, l'art. 34 d.lgs. 81/2008 abilita il datore di lavoro a svolgere direttamente i compiti propri del Servizio di prevenzione e protezione nelle aziende di minori dimensioni occupazionali elencate all'Allegato 2.

dall'art. 6, comma 4 ai non meglio identificati “enti di piccole dimensioni”? Con la conseguenza paradossale di un *controller* che non vigila su incarico e nell'interesse dell'ente bensì, quale soggetto bifronte controllante/controllato, si auto-investe di tale funzione per tutelare l'interesse proprio, essendo l'unico a rispondere in caso di commissione del reato.

Da queste semplici notazioni appare evidente come al difetto di qualificazione giuridica per l'assoggettabilità dell'impresa individuale al sistema del d.lgs 231, si accompagni anche l'impraticabilità, o quanto meno l'inutilità, degli strumenti organizzativi penal-preventivi raccomandati dagli artt. 6 e 7. E non valga evocare quale soluzione taumaturgica l'applicazione minimalista del Modello in aderenza alle ridotte dimensioni ed articolazioni dell'impresa individuale: il Modello 231, a prescindere dalla diffusività dei contenuti, impone la presenza di componenti coesenziali e l'attivazione di procedure e misure di *monitoring*.

Se l'intento sotteso all'innovativa pronuncia della S.C. deve cogliersi, in ultima analisi, nella sollecitazione (anche) dell'impresa non collettiva al rispetto della legalità ed alla *compliance*, lungi dal commettere una forzatura interpretativa dell'art. 1 d.lgs. cit. potrebbe essere evocata l'ordinaria responsabilità penale incombente all'imprenditore individuale, se autore del reato, e ai suoi collaboratori, ove in concorso con quello nella commissione del reato.

Al più, potrebbe soccorrere la spontanea adozione ad opera del primo di strumenti (di carattere informativo, prescrizioni contrattuali, sanzionamenti) nei confronti degli ausiliari, finalizzati a ribadire loro il concetto, nonchè vincolo comportamentale, che la loro azione collaborativa non debba mai sostanzarsi nella realizzazione di una qualsiasi figura di reato.

5. Sintesi conclusiva

Per quanto rilevato, esprimendo un parere personale, esprimiamo perplessità sul nuovo orientamento della S.C., mentre condividiamo quello previgente.

Riteniamo che l'inapplicabilità del disposto “231” all'impresa individuale discenda *naturaliter* dal difetto della natura di “ente collettivo”, sia per la carenza di soggettività giuridica e di autonomia patrimoniale, anche imperfetta, che per la dimensione non plurisoggettiva. Profilo che costituisce *conditio sine qua non* perchè possa essere imputata la personale responsabilità dell'illecito e le relative sanzioni. L'impresa individuale (anche di dimensioni non elementari) è sempre priva di soggettività giuridica, identificandosi giuridicamente ed economicamente con la figura e le sorti della persona fisica esercente l'attività.

Solo allorchè ricorra tale indispensabile presupposto giuridico per l'imputabilità del soggetto metaindividuale potrà esercitarsi l'apprezzamento circa il rilievo organizzativo e dimensionale dell'ente collettivo, irrilevante invece nel caso dell'impresa individuale.

Al concreto assetto organizzativo va correlata la valutazione circa l'*an* dell'adozione volontaria del Modello preventivo di legalità, nonchè - se di risultato positivo - la costruzione di esso “calibrata” sui caratteri peculiari dell'ente empirico. Ma anche in tale ipotesi, organizzazione e Modello non realizzano una prospettiva necessariamente ancillare.

Nel caso in cui l'ente collettivo presenti caratteri di microdimensionalità - caso sintomatico è quello di una società di piccole dimensioni, o anche unipersonale, in

cui i soci esercitando l'ampia autonomia contrattuale abbiano optato per un assetto organizzativo tipicamente personalistico²² per svolgere un'attività a livello locale, con un numero minimo di dipendenti ed in un settore merceologico non esposto ai rischi-reato del *numerus clausus* - sarà legittima la determinazione dell'amministratore (motivata e documentata) nel senso di non adottare (quanto meno *sic stantibus rebus*) un *Compliance program*, o di costruirlo con architettura semplificata ed essenziale²³.

Tali apprezzamenti appaiono estranei ed inconferenti rispetto all'ordinaria realtà dell'impresa individuale. Se tale modalità di esercizio dell'attività economica si distingue per la tipica carenza di strutturazione aziendale e di organico societario, non avrebbe senso imporre uno speciale onere organizzativo, peraltro finalizzato essenzialmente alla prevenzione dei reati-presupposto. Azione questa spontanea, ma sollecitata dalla legge per la prevenzione e il contrasto dei *corporate crimes*.

²² sulle molteplici varianti nella costruzione del modello organizzativo del tipo a "geometria variabile" qual'è la S.r.l. post Riforma societaria, vedasi. BARTOLOMUCCI, *Il socio imprenditore nella nuova S.R.L., Diritto delle società e dei Mercati finanziari*, 7, Ipsoa 2007.

²³ Ad esempio, adottando un Modello Organizzativo prevalentemente rivolto alla direzione e al controllo dei soggetti sottoposti. Anche a livello special-preventivo, come nel caso del reato *ex art. 25-septies* (Sicurezza ed igiene sul lavoro), l'art. 30, comma 5-bis d.lgs. 81/2008 delega la Commissione consultiva permanente ad elaborare procedure semplificate a favore delle piccole e medie imprese.

**GIURISPRUDENZA
COMMENTATA**

LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCESSO CON L'ENTE: *STOP AND GO* TRA ROMA E LUSSEMBURGO

Parte I

Dott.ssa Alessandra Bassi, Giudice presso il Tribunale di Torino - Sezione G.I.P./G.U.P.

1. A quasi un decennio dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, con la sentenza n. 2251 del 5 ottobre 2010 la Corte di Cassazione ha finalmente preso posizione sull'accesa *querelle* intorno all'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti, oggetto di intenso dibattito in dottrina e di soluzioni differenziate nelle aule di giustizia. Il *dictum* della Corte è in senso nettamente negativo rispetto alla partecipazione della parte civile al processo a carico degli enti.

Prima di passare alla disamina dell'*iter* argomentativo e per una migliore comprensione del ragionamento seguito dal giudice di legittimità, giova ripercorrere le diverse soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito sul nodo interpretativo, che scaturisce da un quadro normativo indubbiamente equivoco: il d.lgs. 231/2001 non prevede l'istituto della costituzione di parte civile, ma, nel contempo, negli artt. 34 e 35, rimanda espressamente alle disposizioni del codice di procedura penale ed a quelle processuali relative all'imputato "in quanto compatibili", aprendo alla possibile estensione delle norme di cui agli artt. 185 c.p. e 74 c.p., che appunto regolano l'istituto *de quo*, al sotto procedimento per la responsabilità degli enti.

Secondo l'orientamento favorevole alla costituzione di parte civile nel processo agli enti, l'ente, in forza della nuova forma di responsabilità introdotta con il d.lgs. 231/2001, non può non rispondere del danno cagionato in via diretta ai sensi dell'art. 2043 c.c. e la relativa pretesa risarcitoria può essere azionata nel processo penale in virtù del combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., in quanto norme applicabili direttamente (trattandosi di un illecito nella sostanza penale¹), ovvero grazie ad un'interpretazione evolutiva e sistematica² (trattandosi di un'ipotesi di illecito che dà senz'altro luogo a responsabilità aquilana diretta a mente dell'art. 2043 c.c.³) o, ancora, in virtù di un'interpretazione analogica (ravvisandosi un'*eadem ratio*⁴).

¹ VIGNOLI, *La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato*, in questa Rivista 3-2006, pp. 28 ss.

² ZANCHETTI, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte*, Guida al Diritto 2008, n. 25, p. 87.

³ cfr. ordinanza GUP Milano Dott. Giordano del 5 febbraio 2008, proc. Enipower pubblicata su www.rivista.231.it;

⁴ GROSSO, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del D. Dlg., n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Diritto penale e processo* 2004, 1340.

Sul fronte della prassi applicativa, la prevalente giurisprudenza di merito si è orientata nel senso di escludere la costituzione di parte civile nel processo agli enti. Nondimeno si registrano diverse decisioni favorevoli all'ammissibilità dell'istituto, nelle quali sono ripresi alcuni degli argomenti elaborati dalla dottrina: in particolare si rimarca come il d.lgs. 231/2001 abbia delineato in capo alla persona giuridica una responsabilità autonoma e diretta ai sensi dell'art. 2043 c.c. (per non aver prevenuto ed evitato che determinate persone commettessero reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente), distinta dalla responsabilità per fatto altrui ex art. 2049 c.c.⁵, con la conseguenza che, a prescindere dalla natura amministrativa o penale riconosciuta a tale forma di responsabilità, da essa discende una pretesa risarcitoria azionabile nel processo all'ente, che altro non è che l'esperimento nella sede penale dell'azione civile derivante dalla responsabilità aquiliana⁶. Le norme di cui agli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p. possono pertanto trovare diretta applicazione nel processo agli enti in virtù sia del rinvio contenuto nelle disposizioni degli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/2001, sia delle norme di cui agli artt. 12, 17 e 19 dello stesso decreto e del complessivo sistema sanzionatorio da esso delineato, in quanto incentrati su una struttura di recupero economico del profitto del reato e su una polivalente funzione del ripristino dell'equilibrio tra l'ente (che ha tratto profitto dal reato) e chi ne è stato vittima. L'art. 185 c.p. trova dunque applicazione in ragione di un'interpretazione estensiva (ma non analogica) scaturente dall'osservazione che il danno prodotto dall'illecito amministrativo è pur sempre cagionato dal medesimo fatto che integra un reato per la persona fisica ed un illecito per l'ente, in altre parole è pur sempre un danno eziologicamente legato al reato⁷.

Le prevalenti dottrina e giurisprudenza di merito sono orientate nel senso dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti⁸. I principali argomenti a sostegno della tesi negativa si fondano, per un verso, sull'osservazione che nel *corpus* normativo che disciplina il sottoprocedimento agli enti manca qualunque previsione, esplicita o implicita, della costituzione di parte civile⁹ e che l'art. 54 del decreto richiama l'art. 316 comma 4, ma non il comma 2 c.p.p. che disciplina il sequestro conservativo a garanzia delle obbligazioni civili¹⁰; per altro verso, sull'"incompatibilità" dell'istituto della costituzione di parte civile con il processo agli enti, preclusiva all'estensione delle regole del processo ordinario (prevista dalle clausole di rinvio di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/2001). Incompatibilità che discende sia dalla non sovrapponibilità dell'illecito amministrativo a carico degli enti ed il reato, che costituisce soltanto uno degli elementi costitutivi del primo, impedendo un'interpretazione estensiva delle norme di cui agli artt. 185 c.p. e 74

⁵ cfr. ordinanza GUP Milano dott. Giordano *op. cit.*; ordinanza GUP Torino Salvadori, 12 gennaio 2006 pubblicata su www.rivista.231.it

⁶ cfr. ordinanza GUP Torino Dott. Salvadori, cit.

⁷ cfr. ordinanza GUP Milano Dott. Giordano, cit.; ordinanza GUP Milano Dott. Verga del 24 gennaio 2008, pubblicata su www.rivista231.it

⁸ MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in *Reati responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano 585; STORELLI, *L'illecito amministrativo del reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale*, Torino 2005, pp. 109 ss.; SCALFATI, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, in *Guida Dir.* 2008, 11, pp. 80 ss.; PIZIALI, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, p. 335; PISTORELLI, *La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: note a margine di un dibattito forse inutile*, in questa *Rivista* 3-2008, pp. 96 ss.

⁹ BASSI EPIDENDIO, *op. cit.*, 552; GIARDA, *op. cit.*, 581;

¹⁰ BASSI EPIDENDIO, *op. cit.*, 552; SCALFATI, *op. cit.*, 80; PISTORELLI, *op. cit.*, 105

c.p.p.¹¹; sia dalla difficoltà di ravvisare un danno da illecito amministrativo autonomamente risarcibile rispetto a quello conseguente dal reato¹², laddove, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c., il danno risarcibile deve costituire una conseguenza immediata e diretta dell'illecito¹³ mentre i danni riferibili al reato sembrano esaurire l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria¹⁴. Del resto, anche il danno risarcibile da parte dell'ente a norma degli artt. 12 e 17 del decreto - da più parti invocati a sostegno della tesi favorevole all'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti - è solo quello derivante dal reato in senso stretto e non un ipotetico danno causato dall'illecito amministrativo¹⁵, così come le condotte riparatorie dell'ente previste dall'art. 65 si raccordano soltanto al reato attribuito alle persone fisiche ma non all'illecito amministrativo attribuito all'ente¹⁶.

Sul fronte giurisprudenziale¹⁷, oltre a riprendere gli argomenti spesi anche dalla dottrina, si è efficacemente evidenziato che, nell'attuale sistema processuale penale, non è stata riprodotta la cd. pregiudiziale penale, prevista nell'art. 3 del codice di procedura previgente, si è superato il principio di unità della giurisdizione e si è affermato il principio - opposto - del *favor separationis* fra il giudizio penale ed il giudizio civile, di cui sono eloquente espressione gli artt. 75, 80, 88, 441, 444, 652, 651 comma 1 e 652 comma 1 ultimo inciso c.p.p.¹⁸. Alla luce del *favor separationis*, che appunto ispira l'attuale disciplina codicistica, l'art. 74 c.p.p. non può dunque che essere interpretato nel senso di ritenere possibile la costituzione di parte civile nel processo penale soltanto allorché il danno costituisca conseguenza diretta di un reato formalmente inteso e non di un qualsivoglia altro illecito produttivo di danno ad esso latamente assimilabile ma comunque nient'affatto coincidente¹⁹. Si osserva ancora che la commissione del reato costituisce soltanto uno degli elementi che compongono

¹¹ BASSI EPIDENDIO, *op. cit.*, p. 552; GIARDA, *op. cit.*, p. 582; MANZIONE, *op. cit.*, p. 585; STORELLI, *op. cit.*, pp. 109 ss.; PISTORELLI, *op. cit.*, in questa *Rivista* 3-2008, pp. 96 ss.

¹² BASSI EPIDENDIO, *op. cit.* pp. 549 ss.; SCALFATI, *op. cit.*, pp. 80 ss.; PISTORELLI, *op. cit.*, p. 104; GIARDA, *Commento alle ordinanze del GIP Trib. Milano 9 marzo 2004 Est. Forleo* in proc. Inlat e GUP Trib. Milano 25 gennaio 2005, Est. Tacconi, proc. Italaudit, pubblicate in *Corriere del Merito*, 2005, 5, 576

¹³ BRICCHETTI, *Cautela di natura patrimoniale già assicurate dal codice di procedura*, in *Responsabilità e risarcimento* 2008, pp. 514 ss.

¹⁴ PISTORELLI, *op. cit.*, p. 105

¹⁵ LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova 2002, p. 149; BASSI EPIDENDIO, *op. cit.*, p. 552; GIARDA, *op. cit.*, p. 581; GIAVAZZI, *Sub art. 17*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano 2007, p. 159;

¹⁶ GIARDA, *op. cit.*, p. 582

¹⁷ Si vedano in particolare le ordinanze GUP Torino, Dott. Moroni, 24 luglio 2008, processo IFIL Investiments S.p.A. e Giovanni Agnelli & C S.p.A., GUP Torino 21 ottobre 2008 Est. Gianfrotta, proc. Tyssen, GUP Milano, Dott. Varanelli del 18 gennaio 2008, BPL (c.d. processo Antonveneta) e del Tribunale di Milano, Sez. II Penale Pres. Manfrin, 18 aprile 2008, proc. Parmalat, ordinanze tutte pubblicate in www.rivista231.it; e le più recenti ordinanze dei GUP Milano, Dott. Zamagni, 26 gennaio 2009, Equitalia - Esatri e GUP Milano Dott. Clivio, 27 febbraio 2009, Fondazione Centro San Raffaele, tutte pubblicate in www.rivista231.it; in senso contrario si registra l'ordinanza GUP Milano Dott. Forleo, 9 marzo 2004, Ilat, in *Corriere del Merito* 2005, n. 5, 675, nella quale si è osservato che l'ente risponde del danno sono in via indiretta ai sensi dell'art. 2049 c.c. dal momento che il reato è solo una componente dell'illecito amministrativo imputabile all'ente, trattando di una responsabilità derivata "da reato"

¹⁸ L'incentivo alla separazione è esplicitato dal fatto che, in sede civile, è possibile il riconoscimento della pretesa risarcitoria da reato ex art. 185 c.p. anche se il soggetto è ignoto, ovvero l'autore è non imputabile, bastando la configurazione in astratto di un fatto di reato senza che il giudice civile debba necessariamente riconoscerne tutti i requisiti, mentre nel caso in cui la medesima pretesa civilistica sia fatta valere in sede penale, a fronte del medesimo esito cognitivo (come nel caso del non imputabile), il giudice penale deve pronunciare l'assoluzione, escludendo anche l'obbligazione risarcitoria, con una vera e propria asimmetria risarcitoria tra la sede penale e quella civile a discapito della prima; così nell'ordinanza GUP Milano Dott. Varanelli, cit. nella quale si citano a supporto le decisioni della Corte Cost. n. 233 del 2003 e della Cassazione III civ. del 31.5.2003

¹⁹ cfr. ordinanza GUP Milano Dott. Varanelli, cit.

l'illecito ascritto all'ente, per di più qualificato come amministrativo²⁰, di tal che esso non può valere come succedaneo del reato, sia pure in senso sostanziale, con una interpretazione analogica dell'art. 185 c.p.²¹. Inoltre, appaiono difficilmente configurabili conseguenze dannose distinte da quelle derivate dal reato presupposto, laddove i danni contemplati dagli istituti premiali previsti dagli artt. 12 e 17 del decreto sono sempre agganciati al reato presupposto²².

In risposta alle preoccupazioni sollevate da taluna dottrina in relazione all'esigenza di assicurare adeguata tutela ai pregnanti interessi coinvolti nel procedimento agli enti, la giurisprudenza di merito ha rimarcato che la ricostruzione del quadro normativo nel senso dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti non crea alcun vuoto di tutela, atteso che, da un lato, non preclude la citazione del medesimo ente come responsabile civile nel processo penale radicato contro le persone fisiche alle quali è ascritto il reato commesso a vantaggio o nel suo interesse, laddove ricorrano i presupposti dell'art. 83 c.p.p.; dall'altro lato, non impedisce l'esercizio dinanzi al giudice civile *ex art.* 2043 c.c. dell'azione per il risarcimento del danno eventualmente riconducibile al solo illecito amministrativo - ammesso che un danno del genere sia concretamente individuabile -, senza alcuna limitazione della tutela dei diritti soggettivi lesi davanti all'Autorità Giudiziaria²³.

2. Delineati gli argomenti sviluppati dagli opposti schieramenti dottrinali e giurisprudenziali, si può passare a disaminare la sentenza della Cassazione in commento. Nel pervenire alla soluzione negativa del quesito sull'ammissibilità della costituzione di parte civile, la Corte ha ripreso e fatto propri gran parte degli argomenti sviluppati dalla giurisprudenza di merito, offrendo ulteriori ed innovativi appigli alla tesi sostenuta. I punti nodali della pronuncia possono essere così enucleati:

- a) la soluzione del quesito sull'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti è indifferente alla soluzione del quesito in ordine alla natura della stessa responsabilità a carico degli enti;
- b) la disciplina positiva non contiene alcun riferimento diretto o indiretto alla costituzione di parte civile nel processo agli enti;
- c) non è possibile un'applicazione diretta degli artt. 185 c.p. e 174 c.p.p. in virtù del richiamo contenuto nell'art. 34 del decreto, in quanto tali norme presuppongono la commissione del reato, mentre esso costituisce soltanto uno dei presupposti dell'illecito amministrativo, che è una fattispecie complessa;
- d) non pare possa essere isolato un danno derivante dall'illecito amministrativo diverso da quello prodotto dal reato ed, in ogni caso, la fonte generale di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c., astrattamente riconducibile anche all'illecito amministrativo, non legittima di per sé l'accesso nel processo (penale) agli enti, giusta il principio di autonomia e separazione del giudizio civile da quello penale fissato dall'art. 75 c.p.p.;

²⁰ cfr. ordinanza GUP Milano Dott. Clivio, cit.

²¹ cfr. ordinanza GUP Milano Dott. Varanelli, cit.

²² fra l'altro il legislatore ha deciso di non dare corso alla previsione della lettera v) dell'art. 11 legge delega che individuava ulteriori danni rispetto ai soci e ai terzi incolpevoli derivanti dalle sanzioni applicate all'ente; cfr. ordinanza GUP Milano, Dott. Zamagni, cit.

²³ cfr. ordinanza GUP Milano Dott. Clivio, cit.

- e) il tema della costituzione di parte civile è estraneo ai meccanismi di riduzione dell'entità delle sanzioni collegati alle condotte di ravvedimento operoso, analogamente a quanto si registra nel processo penale a carico degli imputati minorenni nel quale pur essendo previsti meccanismi simili, l'esercizio dell'azione civile nel processo penale è precluso;
- f) la preclusione della costituzione di parte civile nel processo agli enti non contrasta con il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., né con il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost..

Dopo avere passato in rassegna i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla questione, la Corte ha subito liberato il campo dal primo puntello su cui si fondano talune posizioni ermeneutiche favorevoli all'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti laddove ha escluso che la classificazione della responsabilità degli enti come amministrativa, penale o *tertium genus*²⁴ possa assumere rilievo ai fini della soluzione della questione. Chiarito che il quesito va risolto alla luce della disciplina positiva di riferimento, l'*iter* argomentativo si dipana dalla constatazione che nel d.lgs. 231/2001 manca qualunque riferimento espresso alla parte civile e che, alla luce di alcuni dati normativi specifici, si deve ritenere che tale circostanza costituisca il frutto di una scelta consapevole del legislatore piuttosto che una lacuna normativa. Ad avviso dei giudici di legittimità portano invero a concludere in tal senso, in particolare, l'art. 27 del decreto che, nel prevedere la responsabilità patrimoniale dell'ente per il pagamento delle sanzioni pecuniarie, non fa alcuna menzione delle obbligazioni civili, e l'art. 54 del decreto, che consente il sequestro conservativo d'iniziativa del pubblico ministero a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, senza alcuna menzione della parte civile né richiamo all'art. 316 comma 2 del codice di rito che contempla la cautela reale su *input* della parte privata. Osserva la Corte come, esaminando le norme a disciplina del procedimento agli enti, non sia dunque ravvisabile un vuoto normativo da colmare e come, in ossequio al principio di stretta legalità, l'estensione della competenza del giudice penale all'azione civile non possa discendere dall'interpretazione analogica degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., ma avrebbe dovuto essere prevista da un'esplicita norma di legge.

D'altra parte, il giudice di legittimità ha escluso che sia possibile pervenire ad un'applicazione diretta degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. attraverso la clausola generale dell'art. 34 del decreto, allorché estende al procedimento agli enti le norme del codice di rito ordinario "in quanto compatibili". Il reato che viene realizzato dai vertici dell'ente o dai suoi dipendenti è infatti soltanto uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente; in altri termini, l'illecito a carico della persona giuridica costituisce una fattispecie complessa che richiede, oltre al reato, una specifica qualifica soggettiva dell'autore persona fisica e un interesse o un vantaggio per l'ente quale conseguenza della condotta delittuosa posta in essere dal soggetto apicale o subordinato. Secondo la Corte l'illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, ma semplicemente lo presuppone e lo ricomprende, il che esclude l'applicazione degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. che legittimano la costituzione della parte civile in funzione del ristoro dei danni derivanti da un reato in senso tecnico.

²⁴ nel senso che si tratta di un *tertium genus* di responsabilità si è pronunciata la stessa Corte nella sentenza Sez. VI 18 febbraio 2010, n. 27735, ric. Brill Rover s.r.l.

Né d'altra parte, osserva la Corte, la costituzione di parte civile potrebbe essere ammessa in virtù del richiamo alla fonte generale di responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c., laddove, sotto un primo profilo, la gestione dell'azione civile nel processo penale, lungi dall'essere un principio generale dell'ordinamento, costituisce una deroga al principio della completa autonomia e separazione del giudizio civile da quello penale fissato dall'art. 75 c.p.p.; per altro verso, non pare individuabile un danno derivante dall'illecito amministrativo diverso da quello prodotto dal reato, che esaurisce l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria. Il danno suscettibile di fondare il soddisfacimento delle pretese risarcitorie e restitutorie alla persona offesa è dunque quello derivante dal reato e non quello determinato dall'illecito amministrativo commesso dall'ente.

Dopo avere sostanzialmente avvalorato argomenti già spesi da dottrina e giurisprudenza di merito, la Corte ha esposto ragioni ulteriori a supporto della tesi negativa. Per un verso, ha notato come la previsione normativa di meccanismi di riduzione dell'entità delle sanzioni collegati alle condotte di ravvedimento operoso da parte dell'ente sia circostanza del tutto neutra rispetto al problema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile, tanto che nel processo penale a carico degli imputati minorenni, nel quale è prevista la possibilità di adottare prescrizioni volte a riparare le conseguenze del reato, è nello stesso tempo esclusa l'ammissibilità dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale. Per altro verso, la Corte ha escluso possibili incompatibilità della disciplina *de qua* con il dettato costituzionale, ventilate dalle difese, in particolare con il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., laddove alcuna disparità di trattamento può rilevarsi rispetto al processo ordinario in quanto la responsabilità a carico dell'ente, a prescindere dalla sua natura, si correla ad una fattispecie complessa di cui il reato costituisce solo uno degli elementi fondanti l'illecito, il che giustifica la diversa disciplina processuale; con il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., atteso che il principio del *simultaneus processus* non ha rango costituzionale ed il danneggiato ha comunque la possibilità di vedere tutelati i propri interessi citando l'ente a comparire come responsabile civile sensi dell'articolo 83 c.p.p.

A corollario, il Giudice di legittimità ha rimarcato come nel processo agli enti non sia trasportabile il principio affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 22 febbraio 1996 n. 60²⁵ allorché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 270 del codice penale militare di pace nei processi di competenza del giudice militare nella parte in cui esclude la proponibilità dell'azione civile per la restituzione e il risarcimento dei danni. La Corte ha osservato sul punto che, in quel caso, la diversa disciplina con riguardo all'esercizio dell'azione civile nel processo non appariva giustificata atteso che in entrambi i modelli processuali, ordinario e speciale (militare), l'oggetto dell'accertamento era comunque costituito da reati. Inoltre, la norma sottoposta al vaglio di costituzionalità prevedeva la sospensione obbligatoria del giudizio civile fino all'esito di quello penale militare, realizzando un'ingiustificata disparità di trattamento raffrontata con la corrispondente disciplina del processo penale ordinario. Analoga situazione non è rinvenibile nel caso di specie, atteso che l'oggetto di accertamento del processo penale ordinario e nel processo agli enti è differente (reato e illecito amministrativo) e l'art. 75 c.p.p. consente comunque

²⁵ Pubblicata in Riv. It. D. e Proc. Pen. 1996, 2, 842, con nota di Masullo

l'esercizio immediato dell'azione civile nella sede propria senza alcuna sospensione sino all'esito del giudizio penale.

3. La decisione della Corte appare nel complesso certamente condivisibile.

Corretto appare innanzitutto l'approccio seguito nell'affrontare il nodo ermeneutico, laddove i giudici superiori hanno dichiaratamente ricercato una soluzione alla luce del dato normativo positivo. Alla stregua di tale condivisibile criterio ermeneutico, è allora innegabile che, nel complessivo impianto del d.lgs. 231/2001, non solo non è prevista la possibilità di costituirsi parte civile nei confronti della persona giuridica né sono espressamente richiamate le norme del codice di rito a disciplina dell'istituto, ma non è presente neanche una norma nella quale sia contenuto un riferimento implicito alla possibilità di costituirsi parte civile nei confronti dell'ente. Nel decreto manca infatti alcun riferimento alla responsabilità patrimoniale dell'ente per il risarcimento del danno civile collegato alla responsabilità amministrativa ed alle disposizioni in tema di responsabilità patrimoniale dell'ente per il pagamento della sanzione pecuniaria (artt. 27 e 33 del decreto); non sono inoltre previsti strumenti di tutela dei possibili interessi della persona offesa o danneggiata dal reato né in sede di archiviazione (art. 58 del decreto), né in sede di contestazione e di rinvio a giudizio (artt. 59 e 61 comma 2 del decreto), né in sede di pronuncia della sentenza di condanna (art. 69 del decreto). Di particolare significato è inoltre il mancato richiamo nell'art. 54 d.lgs. 231/2001 dei commi 2 e 3 dell'art. 316 c.p.p. (che disciplinano il sequestro conservativo richiesto dalla parte civile), chiaro indice della volontà legislativa di escludere che il vincolo reale possa essere adottato a garanzia delle obbligazioni civili nascenti da reato²⁶.

Ha dunque ragione la Corte laddove afferma che la lacuna normativa non costituisce il frutto di una svista, ma rappresenta la conseguenza di una consapevole e legittima scelta operata dal legislatore.

D'altra parte, superato il principio di unità delle giurisdizioni e fissato nell'art. 1 del codice di rito il principio di tassatività delle azioni proponibili in sede giurisdizionale penale, l'esercizio dell'azione civile nel processo penale deve essere espressamente previsto e consentito ed, in particolare, non può che discendere dall'applicazione delle norme di cui agli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., la cui estensione al processo agli enti risulta assai problematica. E ciò, sia perché l'ente non risponde del reato ma di un illecito distinto da esso, sicché dette norme non possono trovare un'applicazione diretta; sia perché non sussistono le condizioni perché dette norme si applichino in virtù degli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/2001, che appunto presuppongono, giusta espressa clausola di applicabilità, che le norme del processo ordinario siano "compatibili" con lo specifico sottoprocedimento a carico degli enti.

Quanto al primo profilo, giova invero evidenziare che, a norma del combinato disposto dell'art. 74 c.p.p. - norma processuale che definisce i soggetti titolari di legittimazione attiva e passiva rispetto all'esercizio dell'azione civile nel processo

²⁶ Ed invero, se con tale previsione il legislatore avesse voluto soltanto chiarire che nel procedimento agli enti può essere disposto il sequestro conservativo - praticabilità che avrebbe potuto essere messa in dubbio in ragione di un'incompatibilità con le sanzioni interdittive irrogabili in via cautelare nei confronti delle persone giuridiche (così come si sostiene nell'ordinanza del GUP Milano, Dott. Verga, cit.) - e non invece escludere espressamente l'attuabilità del sequestro conservativo su richiesta della parte civile, non avrebbe infatti avuto alcuna ragione per non richiamare in toto il disposto dell'art. 316 c.p.p..

penale - e dell'185 c.p. - che individua la *causa petendi* di tale azione -, i presupposti della costituzione di parte civile sono rappresentati dalla commissione di un reato, dall'esistenza di un danno patrimoniale o non patrimoniale quale conseguenza diretta ed immediata del reato (in ossequio al disposto dell'art. 1223 c.c.) e, sul fronte soggettivo, dall'essere il soggetto nei confronti del quale può essere esercitata l'azione risarcitoria dal danneggiato (o dai suoi eredi) il "colpevole" del reato. A tale riguardo, va peraltro rilevato come la responsabilità attribuita all'ente sia stata definita espressamente come amministrativa dal legislatore del 2001, natura confermata dalla legge n. 146/2006²⁷, e come *tertium genus* nella Relazione allo stesso d.lgs. 231/2001, classificazione di recente fatta propria anche dalla Corte di cassazione²⁸: manca dunque qualunque indicazione normativa che consenta di qualificare la responsabilità dell'ente come penale, il che rende problematico applicare direttamente il disposto dell'art. 185 c.p. che espressamente presuppone un reato *tout court*.

Né, come da taluni si è sostenuto²⁹, l'ente può ritenersi un concorrente *sui generis* nel fatto reato - per avere colpevolmente agevolato (mancando al proprio dovere giuridico di predisporre un modello di organizzazione idoneo ad impedire il fatto) la commissione del reato doloso da parte del proprio dirigente/dipendente nell'interesse o vantaggio dello stesso ente -, sì da poter essere chiamato direttamente a rispondere per la responsabilità aquiliana conseguente al reato ai sensi del combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.. Dal complessivo sistema disegnato nel 2001 emerge chiaramente come la persona giuridica sia responsabile in via autonoma di un illecito distinto ed indipendente dal reato, seppur da esso nascente: l'ente non è il "colpevole" del "reato" da cui si origina l'azione civile per le restituzione ed il risarcimento del danno, ma è chiamato a rispondere di una responsabilità *sui generis* non inquadrabile negli schemi della tradizionale colpevolezza, per un "fatto" che non coincide con il reato da cui si origina la responsabilità civile. Si può dunque concordare con la Corte laddove afferma che, qualunque sia la sua natura, l'illecito imputabile all'ente è qualcosa di diverso dal reato propriamente detto commesso dalla persona fisica legata da un rapporto qualificato all'ente, essendo per di più composto da ulteriori elementi costitutivi.

Le superiori considerazioni e la rilevata mancanza nel *corpus* del 2001 di alcun riferimento esplicito o implicito alla parte civile o alla costituzione di parte civile consentono dunque di concludere nel senso della incompatibilità strutturale della disciplina codicistica dell'istituto *de quo* con il procedimento a carico degli enti.

Resta da esaminare l'ulteriore passaggio del ragionamento della Corte ove si è escluso che dall'illecito amministrativo *tout court* possano discendere conseguenze dannose diverse ed ulteriori rispetto a quelle conseguenti dal reato, rimarcando che i danni prodotti dall'illecito amministrativo non possono identificarsi nelle ripercussioni negative che si determinano sugli interessi dei soci, dei creditori e dei dipendenti dell'ente per effetto dell'applicazione delle sanzioni a seguito dell'accertata responsabilità dell'ente, in quanto esse hanno causa diretta non nell'illecito amministrativo, ma nel procedimento di accertamento dello stesso illecito.

²⁷ che ancora più esplicitamente ha definito illeciti amministrativi quelli da cui scaturisce la responsabilità dell'ente per la consumazione di reati transnazionali collegati all'attività del crimine organizzato

²⁸ cfr. Cass. Sez. VI 18 febbraio 2010, cit.

²⁹ Così anche ZANCHETTI, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte*, Guida al Diritto 2008, n. 25, p. 88

Sul punto non può non rilevarsi come, pur essendo pacifica la non riconducibilità alla responsabilità aquilana dell'ente degli effetti negativi conseguenti all'apertura del processo a suo carico, nondimeno lo stesso ente non possa andare esente da responsabilità risarcitoria con riguardo alle conseguenze dannose del reato che costituisce comunque il presupposto (o quantomeno uno dei presupposti) della responsabilità (sia essa amministrativa o *tertium genus*) configurabile a suo carico. Condivisibile sul punto è l'opinione espressa in dottrina secondo cui il processo penale conosce, fisiologicamente, ipotesi in cui, a fronte di un medesimo danno, è possibile la costituzione di parte civile nei confronti di più soggetti che rispondono secondo un diverso titolo di responsabilità, come nei casi di cooperazione colposa nel delitto colposo ovvero nei casi di concorso colposo nel delitto doloso, situazione, quest'ultima, in cui possono essere diversi, e più ampi, sia un segmento del fatto (la condotta), sia l'elemento psicologico del reato dei concorrenti³⁰. D'altra parte, l'azione risarcitoria nei confronti dell'ente può rappresentare l'unica via per ottenere ristoro delle conseguenze negative da reato nei casi in cui sia rimasto ignoto l'autore del reato presupposto, sia stata pronunciata sentenza di patteggiamento nei confronti dell'autore del reato presupposto o sia intervenuta la prescrizione del reato presupposto dopo la contestazione dell'illecito amministrativo³¹, ipotesi nelle quali il processo può proseguire nei confronti dell'ente³².

Giova in ogni caso ribadire ancora una volta come dalla possibilità di ravvisare in capo all'ente una responsabilità civile diretta non possa comunque discendere l'ammissibilità dell'esercizio della relativa azione civile nel processo penale, che, come correttamente ritenuto dai giudici di legittimità, dovrebbe avere, ma non ha, un solido ancoraggio nel quadro normativo di riferimento. Ne discende che l'azione risarcitoria nei confronti dell'ente potrà essere esercitata e coltivata nella sola sede civile.

³⁰ Così IELO, in *Processo penale e giustizia*, in corso di pubblicazione sul n° 3

³¹ visto anche l'art. 60 del decreto n. 231/2001

³² In questo senso IELO, op. cit.

LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCESSO CON L'ENTE: *STOP AND GO* TRA ROMA E LUSSEMBURGO

Parte II

Dott. Salvatore Dove, Giudice della Corte di Assise di Napoli

1. Era appena giunta notizia della prima pronuncia della Corte di Cassazione sul controverso tema della inserzione dell'azione civile nel processo contro l'ente instaurato ai sensi del d.lgs. 231/2001¹ e già l'orizzonte, fattosi appena più quieto, dopo i marosi prodotti dalle contrastanti decisioni di numerosi tribunali italiani, diviene nuovamente sfocato e lontano.

A imprimere un nuovo moto al dibattito, e a mantenere intricato un nodo che poteva apparire avviato allo scioglimento, è un'ordinanza del Gip del Tribunale di Firenze con la quale si interpella la Corte di giustizia dell'Unione Europea perché indichi l'esatta interpretazione degli artt. 2, 3 e 8 (e 9) della Decisione Quadro del Consiglio di Europa 2001/220/Gai del 15.3.2001, sulla posizione delle vittime nei procedimenti penali², e quindi si pronunzi sulla conformità al diritto comunitario della vigente disciplina italiana della responsabilità amministrativa degli enti, per il fatto di *“non prevedere espressamente la possibilità che gli stessi siano chiamati a rispondere dei danni cagionati alle vittime dei reati nel processo penale”*.

Come diremo più diffusamente a breve, il giudice fiorentino è approdato lì dove anche la Corte di Cassazione è giunta con la sentenza che in queste pagine è discussa; e da quel punto ha tratto l'impulso per svolgere un ulteriore percorso, che ha come traguardo la Corte di Lussemburgo. La partita, quindi, si sposta su un nuovo campo; poiché è chiaro che un eventuale giudizio di inottemperanza della legislazione italiana alla normativa comunitaria aprirebbe la strada al sovvertimento del punto di arresto definito con la sentenza del giudice di legittimità nazionale.

2. Vediamo dunque attraverso quali sequenze argomentative il giudice remittente è pervenuto alla sua decisione. Il procedimento penale che ha dato causa all'ordinanza attiene ai delitti di omicidio colposo e di lesioni colpose, entrambi aggravati dalla violazione di norme in materia di prevenzione degli

¹ Cass. pen., sez. VI, 22.1.2011, n. 2251, in Ced 248791, commentata nella prima parte di questo lavoro.

² D'ora innanzi indicata come *DQ*.

infortuni sul lavoro. Insieme alla richiesta di rinvio a giudizio degli imputati il Pm aveva avanzato analoga richiesta nei confronti di due persone giuridiche, per conto delle quali gli imputati avevano operato, ritenendole responsabili dell'illecito amministrativo da reato previsto dall'art. 25-septies d.lgs. 231/2001. Nel corso dell'udienza preliminare le persone offese dai delitti chiedevano di costituirsi parte civile non solo nei confronti degli imputati ma altresì anche verso le menzionate persone giuridiche, per ottenere da tutti il risarcimento dei danni patrimoniali e morali.

Il giudice, condividendo l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale militante per l'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente morale chiamato a rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001, ha rilevato che in ragione di ciò l'ordinamento nazionale reca un vulnus alle ragioni risarcitorie della vittima del reato, in contrasto con quanto previsto dalla normativa comunitaria e segnatamente dalla *DQ* nonché dalla Direttiva 2004/80/CE del 29.4.2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato³.

Infatti, segnala il decidente, non solo la vittima del reato non può esercitare l'azione civile verso la persona giuridica alla quale viene contestato l'illecito da reato; ma essa non può neppure citarla quale responsabile civile nel giudizio penale a carico del reo.

Infatti, assume il giudice, dal fatto che l'art. 35 d.lgs. 231/2001 riferisce all'ente le disposizioni relative all'imputato (in quanto compatibili) deriva che quello *“si deve considerare formalmente imputato nel processo penale”*. Pertanto, poiché l'art. 83, comma 1, c.p.p. prescrive che l'imputato può essere citato come responsabile civile per il fatto del coimputato per il caso in cui venga prosciolto o sia pronunciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere, la vittima del reato non è in condizione di poter citare l'ente-imputato come responsabile civile.

Dal convergere di siffatte limitazioni di tutela il Gip ricava la convinzione dell'esistenza di *“un doppio limite nei confronti del diritto di risarcimento dei danni patiti dalle vittime dei reati, che appare del tutto in contrasto con quanto dispone l'art. 9 della Direttiva UE citata”*. Peraltro, viene aggiunto, vi sarebbe un ulteriore profilo di irragionevole discriminazione della vittima, che si vede privata della possibilità di citare l'ente quale responsabile civile perchè presente nel giudizio per rispondere del fatto proprio ex d.lgs. 231/2001, laddove tale citazione è sempre possibile nei confronti degli enti pubblici, ai quali non si applica il regime di responsabilità amministrativa da reato.

In conclusione, secondo il giudice fiorentino il delineato assetto della normativa nazionale *“lede i principi stabiliti nelle Direttive Europee, sia perché limita l'effettività e la portata nonché la possibilità per le vittime di reato d'ottenere un pieno risarcimento per tutti i reati nei quali si ravvisa comunque una responsabilità degli enti stessi, secondo le leggi civili, sia perché costringe le vittime a chiedere il risarcimento “fuori”*

³ La Direttiva ha ad oggetto il diritto all'indennizzo a carico dello Stato per le vittime di reati commessi in Stato diverso da quello di residenza della vittima. Obiettivo della direttiva, infatti, è quello di stabilire un sistema di cooperazione volto a facilitare alle vittime di reato l'accesso ad un indennizzo equo ed adeguato per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo della Comunità europea in cui il reato è stato commesso, ovvero nelle cd. situazioni transfrontaliere. Alla Direttiva si è data attuazione con il d.lgs. 6.11.2007, n. 204.

del processo penale, ammesso che sia concesso, ed in tempi di dilatazione che rendono non efficace l'azione di tutela".

Invero il decidente si rappresenta la possibilità di instaurare un giudizio civile parallelo a quello penale, ma ravvisa che esso sarebbe in ogni caso *"calibrato sempre su tempi molto lunghi ... e con sensibile aggravio di spese"*.

3. Come vedremo più avanti, l'ordinanza evoca una legislazione comunitaria indubbiamente protesa verso una più avanzata tutela della vittima del reato; tanto più avanzata se raffrontata con l'ordinamento penal-processuale italiano, che con l'adozione del sistema accusatorio ha scientemente assunto una posizione di disfavore verso l'accrescimento della *res iudicanda*. E' opinione ampiamente condivisa che il codice di procedura penale sortito dalla riforma del 1988 abbia assunto una posizione di tendenziale contrarietà verso l'inserzione dell'azione civile nel processo penale. Se ne possono ben comprendere le ragioni. Il modello di processo al quale aspirava il legislatore era consapevolmente dispendioso, in quanto improntato al principio della formazione della prova in contraddittorio tra le parti dinanzi ad un giudice terzo. Un simile sistema autorizza prognosi di significativa complessità e di prolungata durata del dibattimento; tanto che i riti semplificati erano stati ideati proprio al fine di ridurre in larga misura il numero dei procedimenti sfocianti in un giudizio realmente accusatorio. L'ampliamento della *res iudicanda* alle pretese civili costituisce un oggettivo aggravio del processo, al quale il legislatore ha inteso accondiscendere solo in ragione di complessive ragioni di funzionalità del sistema giudiziario. Questa matrice riduzionistica dell'intreccio penale-civile, descritta anche in alcune decisioni della Corte costituzionale, ha indotto a contrarre anche i casi in cui il processo può vedere ampliarsi il novero delle figure soggettive con la citazione o l'intervento del responsabile civile.

Ciò detto, appare utile interrogarsi sulla persuasività delle argomentazioni utilizzate dalla decisione remittente, a partire dall'assunto secondo il quale, affermata l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente, non sarebbe possibile neppure averne la partecipazione al giudizio in veste di responsabile civile.

Chi sia questi per il diritto penale è da chiedere all'art. 185, comma 2, c.p., per il quale *"ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui"*. E' opinione ampiamente condivisa che l'art. 185 c.p. si ponga quale norma fondativa della responsabilità civile derivante da reato. La commissione di un reato, che produca a taluno un danno patrimoniale e/o non patrimoniale, importa l'obbligo al risarcimento in primo luogo del colpevole (che può indicarsi come il principale responsabile civile) ed altresì della persona che a norma delle leggi civili deve rispondere per il fatto di quello (una risalente dottrina parlava al riguardo di 'corresponsabile civile indiretto'⁴). Mentre l'obbligo di risarcimento previsto dalla norma che regola in generale l'illecito extracontrattuale, l'art. 2043 c.c., presuppone che l'autore del fatto lo abbia commesso con dolo o con colpa, quello imposto dall'art. 185 c.p. prescinde dalla colpevolezza del corresponsabile civile (ferma restando la colpevolezza dell'imputato), in quanto le conseguenze dannose del reato gli sono messe in capo sulla scorta del particolare rapporto intercorrente con il reo; rapporto che giustifica, in una esplicazione del principio solidaristico, un

⁴ FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1965, p. 177.

rafforzamento della tutela del danneggiato⁵. Sicchè, mentre la responsabilità *ex art.* 2043 c.c. scaturisce in via diretta dall'accertamento di un nesso causale tra fatto doloso o colposo e danno ingiusto, quella prevista dall'art. 185 c.p. presuppone come già risolto il tema dell'esistenza del fatto illecito e della responsabilità del reo; e la giurisprudenza tende a ritenere possibile pervenire ad una condanna generica al risarcimento del danno quando sia stato accertato un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose, senza necessità che il danneggiato provi l'effettiva esistenza del danno ed il nesso causale che collega questo alla condotta del reo⁶. D'altra parte, la condanna del corresponsabile civile non può essere pronunciata se non a seguito di una condanna dell'imputato.

L'articolazione della responsabilità civile attraverso diverse soggettività è possibile tuttavia solo in forza di 'leggi civili' che la prevedano. L'espressione viene comunemente intesa non già come volta a limitare il riferimento alle sole norme di diritto civile bensì come diretta ad includere tutte le norme non penali. Ciò conduce, peraltro, ad escludere che il contratto possa essere fonte di responsabilità giustiziabile in sede penale⁷.

Tanto premesso, a nostro avviso le conclusioni cui perviene il giudice mostrano almeno un passaggio opinabile; ed è quello ove si attribuisce la qualità di imputato all'ente, deducendo che a mente dell'art. 83, comma 1, secondo periodo c.p.p. esso non può essere citato quale responsabile civile per il fatto dell'imputato persona fisica.

La tesi riposa su due postulati.

Il primo assume che l'art. 35 d.lgs. 231/2001 riconosca all'ente al quale sia stata elevata contestazione di illecito lo status di 'imputato' ad ogni effetto.

Senonchè, nell'analizzare la portata della disposizione, la dottrina è pervenuta alla conclusione che essa non autorizza a parlare di un 'ente imputato'⁸ (dovendosi piuttosto parlare di un 'ente incolpato'), e che la norma non realizza neppure una perfetta equiparazione tra persona fisica-imputata ed ente-incolpato, giacchè molteplici istituti riferiti all'ente non hanno la loro matrice nelle norme penal-processuali⁹. Dall'art. 35 può derivarsi 'soltanto' che all'ente vanno applicate le norme che riguardano l'imputato come soggetto titolare di poteri, doveri, oneri, facoltà, aspettative¹⁰.

D'altronde appare evidente che così come l'estensione all'indagato delle garanzie previste per l'imputato (art. 61 c.p.p.) non muta la qualifica del soggetto sottoposto

⁵ RICCIO, *I principi informatori della responsabilità civile da reato*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. III, Il Tommaso Natale, Napoli, 1979.

⁶ VELE, *Responsabilità civile (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2007, 2, anche per i riferimenti giurisprudenziali. La dottrina penalistica parla al riguardo di una forma di responsabilità oggettiva.

⁷ Cass. pen., sez. 11.3.1994, in *Giust. pen.*, 1995, III, 373; Cass. pen., sez. IV, 21.6.2005, in *Cass. pen.*, 2005, 1204.

⁸ AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 331.

⁹ Si pensi alla previsione per la quale il rappresentante dell'ente può essere chiamato a testimoniare se non rivestiva tale funzione al momento di commissione del reato (art. 44), alle modalità di partecipazione dell'ente al processo, che riecheggiano forme tipiche non già della partecipazione dell'imputato bensì delle altre parti private, alla rappresentanza legale necessaria del difensore, qualora non compaia il legale rappresentante dell'ente. Per una illustrazione dei peculiari profili processuali, SOLA, *Art. 35*, in VENEZIANI-CADOPPI-GARUTI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 525.

¹⁰ SOLA, *op. cit.*, 525. Anche GIARDA, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2007, p. 298, sostiene che l'art. 35 "non autorizza in alcun modo a ritenere fondata l'opinione secondo cui l'ente potrebbe denominarsi imputato".

ad indagini, allo stesso modo l'estensione condizionata ("... in quanto compatibili") prevista dall'art. 35 non vale a fare dell'ente un coimputato nel processo alla persona fisica.

Ma quand'anche non si volesse convenire sull'assunto e ritenere che vi sia una integrale equiparazione dell'ente all'imputato, pure non potrebbe ancora parlarsi di una pluralità di imputati nel processo a carico della persona fisica. Infatti, in forza dell'art. 35 l'ente sarebbe (assimilato all')imputato nel *proprio* processo: è nel rapporto processuale che ha ad oggetto l'illecito dell'ente che questo gode delle garanzie assicurate all'imputato¹¹. Il fatto che l'accertamento della responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 231/2001* si svolga nella contestualità del processo all'imputato non significa che si tratti di rapporti processuali governati dalle medesime regole. Come l'azione civile nel processo penale rimane concettualmente e formalmente distinta dal processo penale, così l'accertamento dell'illecito dell'ente segue regole proprie che risultano soltanto integrate da quelle poste dal codice di rito (cfr. art. 34 d.lgs. 231/2001). Quindi l'estensione all'ente incolpato delle garanzie proprie dell'imputato non può significare che il diritto processuale penale attribuisce anche all'ente lo *status* di imputato.

Già ciò escluderebbe che possa trovare applicazione l'art. 83 c.p.p. nella parte in cui pone delle condizioni alla partecipazione al processo del coimputato responsabile civile.

Ma, come si è premesso, vi è un secondo postulato nelle affermazioni recate dall'ordinanza in commento. Essa propone un'interpretazione dell'art. 83, comma 1 c.p.p. invero non persuasiva, per la quale l'imputato potrebbe essere citato come responsabile civile per il fatto del coimputato solo nel caso in cui *sia già stato* proscioltto o sia stata pronunciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere. Per contro si deve ricordare che la dottrina è concorde nell'attribuire alla locuzione "per il caso in cui venga proscioltto" (utilizzata dall'art. 83, comma 1) un ben diverso significato¹². La formula legale, come già precisa la Relazione preliminare al progetto di codice di procedura penale¹³, supera quella ricorrente nel codice Rocco ('*nel caso*'), ritenuta frutto di mero errore), e vuole dire che la citazione del coimputato può essere fatta *sin da* quando diviene possibile, e che viene fatta in vista dell'eventuale assoluzione o proscioglimento del coimputato medesimo. Sicchè non è vero che l'ente, assunto per ipotesi quale formale imputato, non può essere citato come responsabile civile perché ciò ne contraddirebbe lo *status*. Piuttosto, esso potrà essere citato ma la sua partecipazione potrà esitare in una condanna al risarcimento dei danni solo se risulterà assolto o proscioltto dall'addebito mossogli.

Le ragioni di questa limitazione, già contemplata dal codice Rocco all'art. 107, comma 1, sta in quanto si è evidenziato poc'anzi: l'imputato-corresponsabile "se fosse

¹¹ Si tratta di un rapporto processuale la cui autonomia non è certo negata dall'instaurazione del *simultaneus processus*. Come ammonisce AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento penale*, in BERIA D'ARGENTINE (a cura di), *Impresa e giustizia penale. Tra passato e futuro*. Atti del Convegno (Milano, 14-15 marzo 2008), Milano, 2009, 269, sarebbe un errore "ignorare che l'ente sta nel processo penale in forza di un'iniziativa del pubblico ministero che crea un rapporto processuale distinto da quello riguardante l'imputato".

¹² Si veda, per tutti, MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in Dean, Spangher, *Trattato di procedura penale. I soggetti*, Torino, 2009, 609.

¹³ *Progetto preliminare del codice di procedura penale. Relazione*, in *Documenti giustizia (num. spec.)*, II, Roma, 1988, 73.

condannato risponderebbe civilmente per il fatto proprio¹⁴. D'altro canto, ed anche questo è già stato ricordato, la condanna del responsabile civile presuppone "la condanna del responsabile penale", giacchè può essere soltanto condannato in solido alle spese ed ai danni con l'imputato e mai da solo. Ciò vale, e *a fortiori*, nel caso in cui il coinvolgimento nel medesimo processo dipenda non già dalla comune autoria del reato ma da nessi più labili tra i rispettivi illeciti: come nel caso di reati concorrenti o connessi. Anche in tal caso è stato ritenuto che operi la regola dell'art. 83, comma 1 c.p.p., secondo la quale l'obbligo di risarcimento in capo all'imputato-corresponsabile sorge solo nel caso di esclusione della sua responsabilità penale chè, in caso di condanna penale, egli sarebbe tenuto a rispondere per fatto proprio¹⁵.

La supposta qualità di coimputato non pare in grado, quindi, di fondare la tesi della inammissibilità della partecipazione dell'ente in veste di responsabile civile.

Siffatta tesi, peraltro, risulta contraddetta anche da ulteriori considerazioni.

Si è già ricordato che l'art. 185, comma 2 c.p. utilizza l'espressione "per il fatto di lui" e che la locuzione è per lo più interpretata come ostativa alla citazione di chi debba rispondere direttamente del fatto addebitato all'imputato. Si è visto che però l'art. 83 c.p.p. ammette che l'imputato possa essere citato come responsabile civile per il fatto del coimputato. In altri termini, l'ordinamento processuale penale consente alla parte civile (e in taluni casi al p.m., oltre all'ipotesi di intervento) di citare anche colui che è chiamato a rispondere per fatto proprio (tant'è che questi assume la veste di imputato), per il caso che ne venga accertata l'assenza di responsabilità per il fatto-reato, e ne emerga la qualità di soggetto civilmente obbligato per il fatto del coimputato.

Orbene, l'ente al quale è legato da un rapporto di preposizione la persona fisica autrice di un omicidio o di una lesione colposa aggravata dalla violazione di norme prevenzionistiche è stato solitamente ritenuto compreso nel novero dei soggetti per i quali, perché imputabili di una responsabilità indiretta per il reato, risulta ammessa l'assunzione del ruolo di corresponsabile civile nel processo penale.

La giurisprudenza penale ha affermato che l'ente-datore di lavoro può essere citato come responsabile civile per il fatto del dipendente che consista in un reato e che sia in nesso di occasionalità necessaria con l'attività dell'ente medesimo. L'ente, infatti, è stato identificato quale committente, ai sensi dell'art. 2049 c.c.; conseguentemente esso risponde in via indiretta dei fatti illeciti colposi commessi dal dipendente, secondo il principio *ubi commodum ibi et incommodum*¹⁶.

Si è rilevato che la responsabilità indiretta del committente (originata dall'art. 2049 c.c. ed altrimenti detta vicaria) trova la sua giustificazione nell'esigenza che colui in favore del quale viene svolta un'attività sopporti i rischi inerenti all'esercizio della stessa, assumendo su di sé anche gli effetti delle eventuali conseguenze dannose. Un risultato che si ottiene appunto attribuendo al committente gli stessi effetti economici che gravano sul dipendente a seguito della sua attività dannosa. Trattandosi di impresa, tale responsabilità si determina in ragione dell'inserimento dell'autore del danno nell'organizzazione del proponente, e ricorre anche quando le incombenze

¹⁴ ALTAVILLA, *Procedura penale*, Napoli, 1935, p. 165; TRANCHINA, *I soggetti*, in SIRACUSANO (a cura di), *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1995, 183.

¹⁵ CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, p. 278.

¹⁶ Cass. pen., sez. V, 8.2.2006, n. 6700, in Ced rv. 234005: "...nella giurisprudenza penale di questa Corte è indiscusso che possa essere citato come responsabile civile a norma dell'art. 83 c.p.p. anche colui che possa rispondere come committente dell'imputato".

affidate abbiano agevolato l'atto dannoso ed ancorché l'agente abbia trasgredito direttive od abbia agito con dolo¹⁷.

Tenendo conto di tali principi la dottrina ha per lo più ammesso che l'ente incolpato dell'illecito previsto dal d.lgs. 231/2001 (e quindi anche nelle ipotesi previste dall'art. 25-septies) possa essere citato come responsabile civile nel processo contro l'autore del reato che ad esso sia legato da un rapporto di preposizione¹⁸.

Anche alcune decisioni di merito hanno ammesso la citazione in giudizio dell'ente incolpato in veste di responsabile del fatto dell'imputato¹⁹.

Ed anzi si è segnalato il pericolo che, ammettendosi la costituzione di parte civile contro l'ente per l'illecito suo proprio, possa determinarsi un groviglio derivante dall'intrecciarsi di variegate posizioni processuali, anche in ragione della possibile presenza dell'ente quale responsabile civile²⁰.

Sicché l'orientamento dominante sembra andare in senso nettamente difforme rispetto a quello assunto dal Gip del Tribunale di Firenze.

Tuttavia non appaiono superflue alcune precisazioni.

La disciplina in materia di sicurezza del lavoro vede nel datore di lavoro il principale debitore di sicurezza. E' anzi lecito dire che nel passato il microsistema cautelare è stato immaginato e costruito sulla matrice del rapporto di lavoro subordinato (si pensi ai provvedimenti emanati tra il 1955 ed il 1956). Ed al datore di lavoro ben si attaglia la qualità di 'committente' ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Ma quella stessa disciplina ha conosciuto un progressivo ampliamento del novero dei debitori di sicurezza. In particolare con l'attenzione portata al rapporto di appalto (interno) di opere o di servizi, a ragione identificato come fattore di elevato rischio per la salute dei lavoratori e al settore dei cantieri temporanei o mobili. D'altronde, la realtà del mondo produttivo si è aperta in misura crescente a nuove forme di organizzazione della produzione, e ciò ha reso molteplici e diverse le posizioni soggettive alle quali ricondurre l'obbligo di sicurezza.

Tutto ciò costituisce indizio della necessità di operare una verifica puntuale della effettiva applicabilità dell'art. 2049 c.c. alla specifica situazione entro la quale si è verificato il reato.

Con riferimento proprio all'ambito dell'appalto di opere la Corte di Cassazione propende per l'esclusione della *legittimatio ad causam* del committente.

Nel negare che questi possa assumere la veste di responsabile civile nel processo penale a carico del dipendente dell'appaltatore si è affermato che dalla disciplina legale dell'appalto non discende un obbligo in capo al committente di controllo dell'esecuzione dell'opera; un tal obbligo può essere previsto dal contratto di appalto, ma ciò non permette (come si è già scritto *supra*) l'applicazione dell'art. 2049 c.c.²¹.

¹⁷ Cass., sez. VI, 27 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 1426.

¹⁸ BERNASCONI, PRESUTTI, FIORIO, *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo*, Padova, 2008, p. 354. Ritiene che l'ente possa essere citato come responsabile civile SOLA, *op. cit.*, 523 s.. Per l'affermativa anche VELE, *op. cit.*, 3.

¹⁹ Gup Trib. Milano, dr. D'Arcangelo, ord. 11.6.2010, in www.rivista231.it; Gup Trib. Milano, dr. Tacconi, ord. 10.1.2005, in STORELLI, *L'illecito amministrativo da reato degli enti amministrativi nell'esperienza giurisprudenziale*, D.lgs. n. 231 del 2001, Torino, 2005, 187; Gup Trib. Milano, dr.ssa Forleo, ord. 9.3.2004, in www.rivista231.it; di contrario avviso Trib. Milano Sez. IV, ord. 16.9.2010, in www.rivista231.it, ma sul presupposto dell'ammissibilità della costituzione di parte civile, con condivisibile inammissibilità logica di una citazione anche quale responsabile civile.

²⁰ Commenta SCALFATI, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 11, p. 82, che si determinerebbe una "inestricabile matassa in ordine ai ruoli soggettivi".

²¹ Cass. pen., sez. IV, 7.11.2008, n. 41815, in <http://olympus.uniurb.it/>. Al vaglio del giudice di legittimità è giunto il caso di un'impresa (AY) che aveva affidato in appalto ad altra impresa (BY) alcuni lavori. Un operaio di (BY) si infortunava; venivano indagati C, titolare di (BY) e D, direttore tecnico di cantiere per (AY). All'esito delle indagini

In altra occasione si è confermata l'esclusione dell'esistenza di un rapporto istitutorio tra committente-(sub)appaltante e l'appaltatore-(sub)appaltatore e la conseguente inapplicabilità dell'art. 2049 c.c. Secondo il S.C. l'appaltatore è *"di regola unico responsabile dei danni derivanti a terzi dall'esecuzione dell'opera, salva la corresponsabilità del committente in caso di specifiche violazioni di regole di cautela nascenti ex art. 2043 c.c., ovvero in caso di riferibilità dell'evento al committente stesso..."*²².

Per altro aspetto, deve tenersi conto del *novum* costituito dall'introduzione del sistema della responsabilità da reato degli enti.

E' noto che nella riflessione avviata dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 si è delineato un consistente filone interpretativo che identifica l'illecito dell'ente con il reato²³, al quale accede la tesi che ammette un'interpretazione estensiva della nozione di reato assunta dall'art. 185 c.p.²⁴. Autorevole dottrina ha anche evocato lo schema dell'illecito plurisoggettivo a concorso necessario²⁵.

preliminari nei confronti di C veniva elevata imputazione, mentre la posizione di D veniva archiviata; nel corso del giudizio (AY) veniva citata come responsabile civile. La Corte, dopo aver ricordato le ipotesi di cd. responsabilità indiretta disciplinate dal codice civile e da varie leggi speciali, ha ravvisato nelle stesse il manifestarsi di un medesimo fenomeno: *"un soggetto è chiamato a rispondere sul piano economico del fatto altrui, in forza di speciali rapporti che lo legano all'autore del reato, alla cosa a mezzo della quale esso è stato commesso ovvero al luogo nel cui ambito si è svolta l'attività criminosa"*. Sarebbero quindi ravvisabili, a monte, *"una potestà riconosciuta al soggetto nei confronti dell'autore del reato, ovvero (del)l'inerenza di determinate cose o luoghi alla sfera di normale disponibilità dello stesso, ovvero ancora (sulla base di) scelte legislative ampiamente discrezionali"*, che operano quali ragioni del fatto che un soggetto è costituito garante, nei confronti della vittima di un reato, dell'adempimento degli obblighi risarcitori da questo derivanti. Nonostante la varietà delle matrici, per la Corte *"quel che tuttavia accomuna le varie fattispecie è che la chiamata in giudizio del responsabile civile si radica su un fatto altrui, tanto vero che essa viene affermata in ragione non già di un nesso eziologico tra condotta ed evento dannoso (come è invece per l'imputato), ma in forza della sola esistenza di uno dei rapporti qualificati di cui innanzi"*. Dimostrazione è nel fatto che la prova liberatoria, nei casi in cui è ammessa, non ha mai ad oggetto la mancata partecipazione all'azione criminosa, ma, sia pure con accenti volta a volta diversi, l'impossibilità di impedirla. Ad avviso della Corte ciò implica che nell'interpretazione dell'art. 185, comma 2, c.p. assume un ruolo decisivo l'espressione *"rispondere del fatto di lui"*, *"che circoscrive il limite della presenza nel processo penale del soggetto estraneo, esigendo che la sua condotta sia ontologicamente ed eziologicamente inattiva, ..., rispetto al fatto delittuoso in sé"*. Rispetto alla funzione dell'art. 185 c.p., fondativa dei presupposti di carattere sostanziale della responsabilità del civile terzo, l'art. 83 c.p.p. si muoverebbe su un diverso piano, ovvero quello de *"le regole, volte ad assicurare il pieno espletamento del contraddittorio, per l'ipotesi in cui uno dei coimputati versi in una delle situazioni qualificate innanzi indicate, sia per esempio il precettore dell'altievo accusato con lui della commissione del reato, avvertendolo che, in caso di fuoruscita dal processo con formula che escluda la sua responsabilità penale e civile, di perdita, cioè, dello status di imputato, egli continua tuttavia a restare in giudizio perché chiamato a rispondere col proprio patrimonio dei danni cagionati alla vittima dall'autore della condotta criminosa, del cui operato deve civilmente rispondere"*.

²² Cass. pen., sez. IV, 14.1.2010, n. 1479, in Ced. rev. 246301. Nella decisione si legge che nel caso scrutinato non ricorreva alcuna delle specifiche ipotesi legislative di responsabilità per fatto altrui ed *"i rappresentanti legali di dette Società (le committenti- subappaltanti: ndr), eventualmente avrebbero potuto essere chiamati a rispondere penalmente dell'evento per un titolo proprio di responsabilità"*, sicché le società stesse non potevano essere chiamate in giudizio quali responsabili civili. In verità, quest'ultima affermazione appare non persuasiva perché la responsabilità penale dei rappresentanti legali di un ente non può valere a rendere il reato, commesso dagli stessi, *"proprio"* dell'ente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 185 c.p.. Sembra, piuttosto, di trovarsi di fronte ad una delle fattispecie tipicamente riconducibili all'art. 2049 c.c..

²³ M. PANASITI, *Spunti di riflessione sulla legittimazione passiva dell'ente nell'azione civile di risarcimento nel procedimento penale*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2007, n. 4, 102.

²⁴ La tesi, ricordata da BASSI, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto*, in questa *Rivista*, 3-2009, pp. 19 ss., sembra trovare una qualche eco nella recente sentenza che nel respingere il dubbio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d.lgs. 231/2001 in relazione agli artt. 3, 24 e 27 Cost., avanzato sull'assunto secondo il quale all'ente l'illecito sarebbe ascrivito a titolo di responsabilità oggettiva, ha sostenuto che il d.lgs. 231/2001 ha introdotto un *tertium genus* di responsabilità, diverso da quella penale e da quella amministrativa, sul presupposto che il fatto-reato commesso dal soggetto apicale è fatto della società, che la chiama in causa per risponderne come fatto proprio (Cass. sez. VI, sent. 16.7.2010, n. 27735, in www.rivista231.it). Si tratta di un'affermazione a nostro avviso non convincente e che pare fortemente influenzata dal contesto complessivo dell'argomentazione.

²⁵ PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 24.

E' evidente che se si conviene con simili posizioni l'ente non potrebbe essere citato quale responsabile civile perché del fatto dell'imputato risponderebbe come fatto proprio.

Abbiamo già espresso le ragioni che a nostro avviso rendono non persuasiva una simile prospettazione²⁶. Si può aggiungere che avuto riguardo all'art. 185, comma 2 c.p. la dottrina ha sempre assunto un'interpretazione restrittiva ritenendo che il termine reato ivi ricorrente faccia riferimento a "*qualsiasi fatto previsto come delitto (anche solo tentato...) o contravvenzione*", e non a qualsiasi fatto produttivo di danni ma atipico rispetto alla fattispecie incriminatrice²⁷.

In conclusione, l'ordinanza del giudice remittente dispone l'interpello pregiudiziale della Corte di giustizia sulla base di un'interpretazione dell'art. 83 comma 1 c.p.p. non persuasiva. E tuttavia la giurisprudenza di legittimità individua casi nei quali l'ente, al quale sarebbe astrattamente contestabile l'illecito *ex art. 25-septies* d.lgs. 231/2001, non può essere citato o intervenire in veste di responsabile civile per il fatto dell'imputato, non essendo ravvisabile in capo allo stesso, a norma delle leggi civili, una responsabilità per fatto altrui (il committente nel rapporto di appalto di opere o servizi). Mentre sembra da escludere che la carenza di legittimatio ad causam possa derivare all'ente per il solo fatto di essere autore dell'illecito delineato dal d.lgs. 231/2001.

4. Il tema della tutela delle vittime dei reati risulta all'attenzione delle istituzioni europee sin dagli anni settanta del secolo scorso, come documenta la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 28 settembre 1977, n. (77) 27 del Consiglio d'Europa, sul risarcimento alle vittime di reato.

Il (lento) percorso verso una maggiore evidenziazione delle varieguate forme di tutela da apprestare alle vittime dei reati è stato scandito da una serie di interventi²⁸, tra i quali si stagliano proprio la *DQ* e la Direttiva 2004/80/CE.

La *DQ*, in modo innovativo, definisce una tutela articolata attraverso più profili, il cui comun denominatore è rappresentato dal principio secondo il quale la vittima deve essere sostenuta prima, durante e dopo il processo penale ed altresì sul piano sociale.

Dopo che all'art. 1 viene delineata una definizione della vittima, indicata come "*la persona fisica che ha subito un pregiudizio anche fisico e mentale, sofferenze*

²⁶ DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti per i reati previsti dall'art. 25-septies d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista*, 3-2008, pp. 84 ss.

²⁷ Per ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 1994, 292, deve trattarsi di un fatto tipico, antigiuridico, colpevole e in potenza punibile; quindi anche il reato per il quale manchi una condizione di procedibilità o che sia estinto, ma non quello per il quale manchi una condizione oggettiva di punibilità o sia presente una causa di non punibilità in senso stretto.

²⁸ Senza pretesa alcuna di completezza, invero raggiungibile solo a patto di appesantire gravemente la lettura, si può ricordare che prima della *DQ* sono venute ad esistenza, tra le altre, la Convenzione europea del 24 novembre 1983 sul risarcimento alle vittime di reati violenti, con la quale si stabilirono alcune disposizioni minime per i sistemi di risarcimento statale delle vittime di tali particolari reati; la Raccomandazione del 28 giugno 1985 n. R(85) 11, sulla posizione della vittima nell'ambito del diritto della procedura penale; la Raccomandazione n. R. (87)21, sull'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione. Sul piano pattizio, è opportuno citare almeno la Convenzione dell'ONU contro la criminalità organizzata transnazionale siglata a Palermo nel 2000 ed oggetto di ratifica da parte dell'Italia nel 2006, con il connesso Protocollo addizionale. Vale segnalare che l'accordo stabilisce l'obbligo dello Stato di prevedere norme che consentano alle vittime dei reati di criminalità di esercitare un'azione volta ad ottenere una riparazione (25, co.2); ma dal Protocollo addizionale si evince che il processo penale non è inteso come il solo strumento utilizzabile allo scopo (6, co.6).

psichiche, danni materiali causati direttamente da azioni o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro”, l’art. 2 stabilisce per gli Stati membri il compito di garantire il rispetto della dignità della vittima, di riconoscerle un ruolo effettivo e appropriato nel procedimento penale e di garantire trattamenti specifici alle vittime “particolarmente vulnerabili”. L’enunciato, tanto impegnativo quanto generico, viene però specificato nelle disposizioni successive, le quali sanciscono il diritto della vittima ad essere sentita nel corso del procedimento ed il diritto di fornire elementi di prova (art. 3), quello di accedere sin dall’inizio del procedimento alle informazioni rilevanti ai fini della tutela dei propri interessi, così come quello di avere forme adeguate d’interpretazione e di comunicazione (art. 5), quello di partecipare al processo anche mediante consulenza ed assistenza giudiziaria gratuita (art. 6), eventualmente anche ottenendo il rimborso delle spese sostenute per la difesa (art. 7), ed il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni subiti (art. 9), senza che possa costituire un limite all’esercizio di tali diritti il fatto di risiedere in un altro Stato membro.

Avendo presente che una libera partecipazione della vittima al procedimento penale può essere pregiudicata anche dai timori determinati dalla possibilità di rimanere bersaglio di minacce o di aggressioni, l’art. 8 si premura di stabilire che alla vittima deve essere garantita la sicurezza, il rispetto della vita privata e dell’immagine sua e dei suoi familiari durante l’intero procedimento penale.

Con meritevole attenzione per aspetti di natura pratica, la decisione impone agli Stati membri anche di incentivare servizi specializzati ed organizzazioni di assistenza alle vittime, che abbiano il compito di organizzare l’accoglienza iniziale e di offrire loro sostegno e assistenza (art. 13); servizi la cui formazione professionale è ulteriore obiettivo che gli ordinamenti sono chiamati a realizzare (art. 14).

Ancorché l’Italia non abbia ancora dato attuazione alla DQ²⁹, essa è stata ciò non di meno di impulso ad alcune innovazioni dell’ordinamento processuale italiano.

Intanto in via indiretta, poiché la sua interpretazione ha costituito la base per un importante intervento della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto nazionale.

Facciamo riferimento alla nota sentenza Pupino³⁰, con la quale la Corte di Lussemburgo ha posto il principio secondo il quale le decisioni quadro, pur non assumendo efficacia normativa diretta, in quanto vincolanti per gli Stati membri soltanto quanto al risultato da ottenere, impongono al giudice nazionale di prendere in considerazione le norme dell’ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro³¹.

Ma la medesima sentenza è anche intervenuta *in media res*, dando al giudice italiano chiare indicazioni circa la necessità che attraverso un’interpretazione di

²⁹ Sulle linee di tutela delineate dalla DQ in rapporto alla legislazione italiana si veda DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato: il ruolo della vittima nel processo penale tra reazioni punitive e strategie alternative*, 2009, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17683.pdf>.

³⁰ Corte di giustizia, sentenza 16.6.2005, n. 105, in proc. C-105/03, Pupino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3167 ss..

³¹ Sul tema della c.d. interpretazione conforme, APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell’Unione Europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul “caso Pupino” in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1165 ss..

raccordo, si attribuisca alla disciplina dell'incidente probatorio un contenuto che permetta il ricorso a tale istituto anche per l'escussione del minore³².

In tempi recenti ha fatto ingresso nel diritto processuale penale la locuzione di "vittima del reato", oggi utilizzata dall' art. 498, comma 4-ter c.p.p., introdotto dall'art. 9, comma 1, lett. d), n. 2, Dl 23.2.2009, n. 11 (conv. con mod. dalla legge 23.4.2009, n. 38).

Più in generale, la dottrina ha ravvisato una vera e propria tendenza della più recente legislazione italiana a definire gli strumenti per una miglior tutela delle vittime; tra i diversi ambiti che vanno a comporre la protezione della vittima da reato, quello della testimonianza resa da vittime vulnerabili ha senz'altro attratto maggiormente le attenzioni del legislatore nazionale. Ancorchè non si possa ancora parlare di uno statuto o di una carta di diritti della vittima, né di un sistema organico ed integrato³³, non v'è dubbio che in questo settore si sono fatti significativi passi avanti³⁴.

5. In particolare l'art. 9 della *DQ* prevede al paragrafo 1 che ciascun Stato membro garantisce alla vittima di un reato il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale, eccetto i casi in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento. Al paragrafo 2 si aggiunge che ciascun Stato membro adotta le misure atte a incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima.

Gli interventi della Corte UE che hanno investito la *DQ* hanno riguardato talvolta anche l'art. 9, che è la disposizione più direttamente chiamata in causa dal tema posto dal giudice fiorentino. Peraltro si è trattato di profili diversi da quelli evidenziati dall'ordinanza remittente.

In particolare in un'occasione³⁵ la Corte ha chiarito che non è riconducibile alla nozione di vittima assunta dalla *DQ* la persona giuridica, ancorché la stessa non precluda di assicurare anche a tali soggetti le tutele ivi previste. E' di un qualche rilievo osservare che nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Kokott si sottolineava che in forza dell'art. 9 *DQ* le vittime del reato devono disporre del diritto di ottenere una decisione relativa al risarcimento da parte del reo nell'ambito del procedimento penale, ma che tuttavia tale situazione è soggetta a una riserva. In casi determinati,

³² Il quadro normativo è stato poi innovato dal legislatore, con l'ampliamento dei casi nei quali è ammesso l'incidente probatorio per essere la testimonianza proveniente da un minore.

³³ CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2010, pp. 988-992.

³⁴ La legislazione nazionale in materia ha preso in considerazione innanzitutto le vittime di reati di particolare gravità ed allarme sociale. Risalgono agli anni ottanta del secolo scorso le prime norme a favore delle vittime del terrorismo; si segnala poi la legge 3 agosto 2004, n. 206, che tra le previsioni annovera quella che estende l'applicazione dei benefici a tutte le vittime (ed ai familiari superstiti) degli atti di terrorismo e delle stragi aventi siffatta matrice, ovunque essi siano compiuti purchè coinvolgenti cittadini italiani. L'elenco delle misure di favore va dai trattamenti pensionistici privilegiati alle provvidenze assistenziali; dall'assistenza psicologica a carico dello Stato alle esenzioni fiscali; dall'accelerazione delle procedure risarcitorie all'accesso al patrocinio legale a spese dell'erario. L'originario campo di applicazione dello speciale trattamento è venuto poi ampliandosi sino a ricomprendere le vittime di altri gravi reati. Gradualmente è emersa anche la consapevolezza della necessità di non limitarsi a costruire strumenti dal contenuto economico ma di incidere anche sulla disciplina del processo penale. Nelle ultime legislature si sono succedute diverse proposte di legge, di varia provenienza, tutte tendenti a rafforzare la tutela delle vittime di reato.

³⁵ Corte di giustizia UE, sentenza del 28 giugno 2007, causa C-467/05, Dell'Orto, in *Raccolta*, p. I-5557.

infatti, gli Stati membri possono prevedere che il risarcimento venga assicurato in una diversa sede. Ciò non di meno gli Stati membri non avrebbero una piena discrezionalità nel definire le modalità del risarcimento della vittima, poiché “soltanto in determinati casi si possono applicare modalità di risarcimento diverse”. Le conclusioni rappresentano però che la *DQ* non disciplina l'inquadramento della decisione sul risarcimento nel procedimento penale nazionale, permettendo quindi che l'organo giurisdizionale decida anzitutto sulla pena e, sulla base dei dati acquisiti nel procedimento penale, si pronunci, in un procedimento successivo, sul risarcimento da parte dell'autore del reato. L'ottemperanza ai principi posti dall'art. 9 richiederebbe tuttavia la garanzia che la decisione differita venga adottata entro un ragionevole lasso di tempo.

Sembra di poter affermare, sulla scorta dell'autorevole argomentazione appena ricordata, che l'art. 9 della *DQ* non impone che il risarcimento della vittima venga assicurato indefettibilmente nel procedimento penale; la disposizione comunitaria ammette una dilazione della pronuncia ma in caso di differimento questa deve intervenire in un tempo ragionevole.

In conclusione, la questione posta dall'ordinanza in discorso non è di agevole soluzione. Essa si articola lungo tappe intermedie la cui definizione è ben lungi dall'apparire nitida. Il presupposto dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente incolpato può oggi contare sulla presa di posizione della Corte di Cassazione; ma si tratta di una pronuncia troppo recente per escludere che anche la tesi avversa possa trovare credito tra i giudici di legittimità. La possibilità di agire nel processo penale nei confronti dell'ente incolpato, per farne valere la responsabilità per il fatto dell'imputato è parimenti incerta, quanto meno in concreto, per la varietà dei rapporti intersoggettivi che sa proporre la normativa in materia di sicurezza del lavoro. Infine, appartiene per intero al giudice comunitario il giudizio sulla capacità della giustizia civile italiana di assicurare, in tempi congrui rispetto alla previsione della *DQ*, una pronuncia sulla richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalla vittima del reato nei confronti dell'ente incolpato.

Non resta che attendere il responso della Corte di Giustizia UE, sperando che lo *stop and go* non conosca altre tappe.

LA RESPONSABILITA' DA REATO DELLE SOCIETA' A CAPITALE MISTO

(commento a Cass., sez. II, 9. - 21.7.2010, n. 28699)

Dott. Sergio Beltrani, Magistrato addetto al Massimario della Corte di Cassazione

Gli enti pubblici che svolgono attività economica e le società commerciali a capitale «misto», pubblico e privato, che svolgono servizi pubblici, rispondono dei reati commessi nel loro interesse o vantaggio ai sensi delle disposizioni del d.lgs. 231/2001: lo ha chiarito la seconda sezione della Corte di cassazione, con la sentenza n. 28699 del 9 - 21 luglio 2010, *C.E.D. Cass.*, n. 247669.

1. Il G.i.p. aveva disposto il sequestro preventivo ai sensi del d.lgs. 231/2001 (in relazione al reato presupposto di truffa) di euro 2.760.000 circa sul bilancio di due società per azioni, l'una attiva attraverso una struttura ospedaliera specializzata, l'altra partecipante alla prima, ma il Tribunale del riesame aveva annullato la misura nei confronti della prima, sul presupposto dell'inapplicabilità ad essa del citato d.lgs., in quanto ente pubblico. In realtà, l'Istituto in oggetto, pur riconosciuto con D.M. 31 gennaio 1995 come ospedale specializzato interregionale, operava in forma di s.p.a. «mista», in quanto partecipata al 49% da capitale privato (della seconda s.p.a. destinataria della misura) e per la restante percentuale da capitale pubblico.

2. L'art. 1, comma 3, d.lgs. 231/2001 stabilisce che le disposizioni in esso previste non si applicano «allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

Le disposizioni sulla responsabilità degli enti si applicano, quindi:

(a) agli enti pubblici economici: tra questi, la Relazione al d.lgs. 231/2001 mostra, peraltro, di non ricomprendere gli enti la cui attività non sia caratterizzata da scopi di profitto o lucro, a nulla rilevando che essa si concretizzi nell'erogazione di servizi di natura pubblicistica con l'impiego di strumenti commerciali: si pensi alle aziende ospedaliere, alle scuole ed alle università pubbliche (così, in dottrina, PECORELLA, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, 75). In verità, l'art. 11, comma 2, della legge delega 300/2000 prevedeva la non assoggettabilità alla responsabilità da reato unicamente dello Stato e degli «altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri», ma, come si evince ancora una volta dalla Relazione, il legislatore delegato ha preferito estendere la non assoggettabilità alla responsabilità da reato agli enti pubblici non economici che non esercitano

pubblici poteri (oltre ai già citati enti esercenti pubblici servizi, si pensi anche agli ordini professionali ed agli enti pubblici che perseguono finalità proprie dello Stato, come C.N.R., INPS, ISTAT etc.), essenzialmente per evitare i problemi che l'irrogazione delle sanzioni a detti enti avrebbe comportato. E l'opzione, pur se eccedente la delega ricevuta, va senz'altro condivisa, poiché l'irrogazione a tali enti delle sanzioni interdittive previste dalla 231 avrebbe in concreto penalizzato i cittadini (così, in dottrina, DI GIOVINE, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Milano 2005, 37);

(b) agli enti (diversi dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali e dagli enti pubblici non economici) che svolgono funzioni di rilievo costituzionale: la Relazione al d. lgs. 231/2001 tende a limitare la portata del riferimento a questi ultimi, riconducendovi i partiti politici ed i sindacati, che sono privi di personalità giuridica, ed evocando quale *ratio* dell'esclusione le possibili strumentalizzazioni che l'applicazione della 231 nei confronti dei predetti enti potrebbe provocare: "anche questa è una scelta piuttosto «drastica», specie se confrontata con opzioni più modulate, riscontrabili sul piano comparatistico, intese a risparmiare a tali enti le sanzioni interdittive (più gravi), ma non la soggezione alla sanzione pecuniaria. Plausibile è comunque la particolare attenzione dimostrata dal legislatore verso le esigenze di tutela del ruolo e dell'autonomia di queste realtà associative, portatrici di interessi fondamentali nel quadro dell'armonica e compiuta articolazione di una società democratica" (così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 124).

Residuava, quale ipotesi controversa, quella delle società miste, ovvero quelle costituite ad iniziativa di un soggetto pubblico per la gestione di servizi pubblici di rilevanza locale, con conferimenti effettuati sia da soggetti pubblici che privati.

L'orientamento preferibile riteneva che le società miste dovessero essere assoggettate alla responsabilità da reato, osservando che, "poiché il fine di profitto è tutt'altro che escluso, nello schema in questione sembrano potersi ravvisare tutti gli estremi del classico modello societario delineato nell'art. 2247 c.c., dimodoché dovrebbe trovare applicazione l'art. 1, comma 2, d.lgs. 231/2001"; tuttavia, tenuto conto del fatto che alcuni indicatori (la procedura di ricerca dei soci che caratterizza la fase genetica di costituzione; i limiti dell'oggetto sociale; la qualificazione degli amministratori; la soggezione alla giurisdizione sia del giudice ordinario sia di quello amministrativo) discostano sensibilmente le società miste dal modello privatistico puro, si è ritenuto che esse potessero essere ricondotte al "distinto schema degli enti pubblici economici, che abbiamo visto costituire l'unica categoria di soggetti pubblici riconosciuta espressamente nella normativa in esame come potenziale responsabile per i reati commessi" (DE VERO, *op. cit.*, 126).

In tal senso deponeva decisamente, inoltre, il consolidato orientamento della giurisprudenza civile (Cass., Sez. un., 26 agosto 1998, n. 8454, *C.E.D. Cass.*, n. 518370; Sez. un., 26 febbraio 1999, n. 101, *ivi*, n. 523649; Sez. un., 9 maggio 2000, n. 300, *ivi*, n. 536266), ferma nel ritenere che le società per azioni costituite, a norma dell'art. 22, comma 3, della legge n. 142 del 1990, dai Comuni e dalle Province per la gestione di pubblici servizi (previa costruzione od acquisizione delle opere e delle infrastrutture necessarie) operano, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, come soggetto di diritto privato del tutto privo di collegamento con l'ente pubblico nei cui confronti esse abbiano assunto l'obbligo di gestire il servizio, poiché, da un lato, il rapporto tra l'ente territoriale e la società non è riconducibile né all'istituto della concessione di

pubblico servizio né a quello della concessione per la costruzione di opere pubbliche, dall'altro, non è consentito all'ente locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto stesso e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali.

3. Chiamata per la prima volta ad esaminare la questione, la Corte di cassazione ha osservato che, in virtù dell'inequivocabile formulazione dell'art. 1, comma 3, cit., la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini dell'esonero dalla responsabilità da reato, occorrendo anche che l'ente non svolga attività economica; e, nel caso di specie, con riguardo alla società mista in questione, difettava l'assenza di attività economica. A tal fine, la Corte ha valorizzato proprio la veste di società per azioni, osservando che "ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247 c.c.), a prescindere da quella che sarà - poi - la destinazione degli utili medesimi, se realizzati".

Né l'esonero dalla responsabilità da reato *ex* d.lgs. 231/2001 poteva conseguire all'invocato esercizio, da parte dell'ente *de quo*, di funzioni di rilievo costituzionale: la Corte ha, in proposito, osservato che la *ratio* di tale esenzione va individuata nell'esigenza di "preservare enti rispetto ai quali le misure cautelari e le sanzioni applicabili ai sensi del d.lgs. 231/2001, sortirebbero l'effetto di sospendere funzioni indefettibili negli equilibri costituzionali, il che non accade rispetto a mere attività di impresa". Con specifico riguardo al caso di specie, si è osservato che "non può confondersi il valore - pur indubbiamente di spessore costituzionale - della tutela della salute con il rilievo costituzionale dell'ente o della relativa funzione, riservato esclusivamente a soggetti (almeno) menzionati nella Carta costituzionale (...); né si può qualificare come di rilievo costituzionale la funzione di una s.p.a., che è pur sempre quella di realizzare un utile economico".

D'altro canto, se, ai fini dell'esonero dalla responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001, fosse sufficiente la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'ente, dovrebbe giungersi "all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non «funzioni») di rango costituzionale".

4. Nell'ambito del medesimo orientamento, si colloca anche la successiva Cass., sez. II, 26 ottobre 2010 - 10 gennaio 2011, n. 234, *C.E.D. Cass.*, n. 248795, a parere della quale le società per azioni costituite per svolgere, secondo criteri di economicità, le funzioni in materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti, trasferite alle stesse da un ente pubblico territoriale (cosiddette società d'ambito), sono soggette alla normativa in materia di responsabilità da reato degli enti.

La decisione, che riprende le argomentazioni della sentenza n. 28699 del 2010, ha valorizzato ancora una volta, quale elemento decisivo al fine della valutazione della natura dell'attività svolta dall'ente interessato, la struttura societaria prescelta (anche in questo caso si trattava di una s.p.a.), ritenuta di per sé idonea ad evidenziare lo

svolgimento di un'attività economica, ed ha altresì escluso che possa assumere rilevanza, ai fini dell'esenzione dal regime di responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001, l'intervenuto trasferimento di funzioni di rilievo costituzionale dall'ente territoriale-Comune alla società d'ambito costituita in forma di s.p.a. (nella specie, a seguito del commissariamento emergenziale della Regione Sicilia in materia di rifiuti), poiché l'esenzione mira ad escludere dall'applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni previste dal citato d.lgs. enti non solo pubblici, ma che svolgono funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto il profilo dell'assetto dello Stato amministrazione, trovando la sua *ratio* nella "necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell'organizzazione costituzionale del Paese", laddove nel caso di specie l'attività ed i servizi resi dalla società d'ambito interessata, pur avendo ricadute indirette su beni di rilievo costituzionale (quali il diritto alla salute ed all'ambiente, tutelati rispettivamente dagli artt. 32 e 9 della Costituzione), nondimeno si caratterizzavano innanzitutto perché, per statuto, erano impostati "su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata del ciclo dei rifiuti".

L'attribuzione di funzioni di rilevanza costituzionale, in origine riconosciute agli enti pubblici territoriali, non comporta, pertanto, tralasciamente l'esonero dalla responsabilità da reato *ex* d.lgs. 231/2001 dei soggetti operanti con struttura di società per azioni, la cui funzione è quella di realizzare, sia pure attraverso l'esercizio derivato della funzione di rilevanza costituzionale di competenza dell'ente territoriale, un utile economico.

ANCHE LE IMPRESE INDIVIDUALI RISPONDONO DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO?

Dott. Giuseppe Amato, Procuratore della Repubblica di Pinerolo

La disciplina sanzionatoria in tema di responsabilità amministrativa degli enti si applica anche all'impresa individuale.

Lo ha affermato la Cassazione, Sezione III, nella sentenza 15 dicembre 2010- 20 aprile 2011 n. 15657, che, nella specie, ha così ritenuto applicabile la misura cautelare interdittiva nei confronti di una impresa individuale.

1. Secondo la Cassazione il decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 si applica anche all'impresa individuale, non riferendosi solo agli enti collettivi: per l'effetto, è stato rigettato il ricorso di un "imprenditore individuale" avverso una misura cautelare interdittiva applicatagli *ex d.lgs. 231/2001*, che risultava argomentato principalmente proprio sul rilievo che solo gli enti dotati di personalità giuridica, strutturati in forma societaria o pluripersonale, potessero essere oggetto della responsabilità amministrativa.

A supporto della decisione, si patrocina, in parte motiva, la necessità di un'interpretazione non pedissequamente formale del dato letterale dell'articolo 1 del d.lgs. 231, dove in effetti si prevede la responsabilità solo per gli enti "dotati di personalità giuridica", dovendosi così "assimilare" l'impresa individuale alla persona giuridica, in modo da evitare il rischio di un vero e proprio "vuoto normativo", che la Corte di legittimità assume foriero di inevitabili ricadute sul piano costituzionale, conseguenti ad una (pretesa) disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate. In proposito, argomento a supporto della evocata interpretazione estensiva viene tratto dalla pacifica applicabilità della responsabilità *ex d.lgs. 231* alle società "unipersonali", che spiegherebbe l'implicita inclusione nell'area dei destinatari della normativa sanzionatoria anche delle imprese individuali, molte delle quali caratterizzate da una organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico coinvolgimento del titolare dell'impresa.

2. La Corte si esprime, consapevolmente, in modo opposto a quanto ritenuto, sia pure non di recente, dall'unica altra decisione sul tema, laddove, invece, il giudice di legittimità aveva espressamente escluso che la disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001 potesse applicarsi alle imprese individuali, riferendosi ai soli enti collettivi.¹

¹ Si tratta di Cass., Sez. VI, 3 marzo 2004- 22 aprile 2004 n. 18941, Proc. Rep. Trib. Roma in proc. Ribera, che può leggersi in *Foro it.*, 2005, II, p. 22; in *Cass. pen.*, 2004, p. 4046, con nota di DI GERONIMO; nonché in *Dir. e pratica società*,

In tale occasione, venne respinto il ricorso del pubblico ministero, sostenendosi che il sistema sanzionatorio apprestato dal d.lgs. 231 non poteva essere utilizzato altro che nei confronti degli “enti collettivi”, mentre nessun elemento - né letterale, né sistematico- autorizzava una estensione anche nei confronti delle imprese individuali.

3. La soluzione qui adottata dalla Cassazione lascia perplessi e non può essere condivisa, meritando piena adesione l'interpretazione restrittiva, che nega l'estensibilità della responsabilità amministrativa all'impresa individuale.

La risposta corretta va cercata attraverso l'attenta lettura, anche sistematica, del disposto dell'articolo 1, d.lgs. 231/2001, che circoscrive soggettivamente l'ambito della “responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”, stabilendo che essa riguarda “gli enti forniti di personalità giuridica” e “le società e associazioni anche prive di personalità giuridica”, con esclusione espressa dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Si tratta allora di capire cosa il legislatore abbia inteso intendere con l'espressione “ente fornito di personalità giuridica”, così da verificare se e in che misura la normativa sanzionatoria possa applicarsi all'impresa individuale.

Ciò che conta, a ben vedere, non è tanto il fatto dell'individualità o no dell'impresa, quanto il fatto dell'essere l'impresa gestita (anche individualmente) attraverso lo schermo giuridico di un soggetto avente personalità distinta dalla persona fisica. Solo in presenza di un centro di imputazione autonomo rispetto alla persona fisica, del resto, vi è ragione di una forma di responsabilità (dell'ente) che è aggiuntiva di quella della persona fisica, che, agendo in nome e per conto dell'ente, abbia posto in essere la condotta integrante il reato presupposto della responsabilità *ex d.lgs. 231*.

In tal senso, in effetti, è inequivoca la formulazione dell'articolo 1, laddove tra i soggetti che possono essere chiamati a rispondere dell'illecito amministrativo indica l’“ente fornito di personalità giuridica”.

Ma altrettanto inequivoca è la *ratio* della normativa *de qua*, ove si consideri che la relazione di accompagnamento spiega e giustifica l'introduzione della responsabilità (solo) dell'ente collettivo², appunto “quale centro di interessi e rapporti giuridici” e “punto di riferimento di precetti di varia natura e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nel (suo) interesse”: ente da intendere, quindi, come un *quid* di giuridicamente autonomo rispetto alla persona fisica, pur quando si tratti della persona fisica che agisca in nome e per conto dell'ente e, evidentemente, pur quando si tratti della persona fisica che, in ipotesi, tragga un interesse personale indiretto dal conseguimento dell'interesse dell'ente (ciò che ben potrebbe verificarsi paradigmaticamente nell'ipotesi nella società “unipersonale”).

4. E' quindi la realizzata costituzione di questa entità autonoma che fonda il presupposto della responsabilità amministrativa.

2004, fasc. 9, p. 72, con nota di BRICCHETTI.

² La scelta del legislatore italiano è estremamente chiara, ma non è necessitata, giacché nel panorama internazionale sono presenti discipline di segno diverso, caratterizzate dall'estensione della responsabilità da reato, oltre che agli enti collettivi, anche alle imprese individuali: cfr. DI GERONIMO, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 4050 ss.

Tale assunto è del resto (decisivamente) confermato dall'attenta considerazione del significato normativo attribuito, all'interno del d.lgs. 231, al presupposto dell' "interesse o vantaggio" dell'ente, che è una delle condizioni della responsabilità (cfr. articolo 5 d.lgs. cit.).

Perché possa esservi l'interesse o il vantaggio (esclusivo) dell'ente, che è l'ipotesi paradigmatica di fondamento della responsabilità, è indubitabile che deve potersi considerare l'ente come un qualcosa di autonomo giuridicamente e patrimonialmente da colui il quale per l'ente abbia agito. Diversamente, scatterebbe la clausola prevista dall'articolo 5, comma 2, d.lgs. 231/2001, in forza della quale l'ente non risponde se la persona che ha agito l'abbia fatto "nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

E' anche in questa ottica ricostruttiva che non possono condividersi le conclusioni della Cassazione.

Nel caso dell'impresa individuale non vi è, infatti, la costituzione di un "centro di interessi" autonomo rispetto al soggetto che l'impresa esercita, conseguendone inevitabilmente che l'agire di quest'ultimo è un agire finalizzato a soddisfare un interesse o vantaggio che è concettualmente "proprio", in termini impeditivi della possibilità di fondare la responsabilità amministrativa, vuoi per la richiamata clausola di riserva, vuoi perché, diversamente, si finirebbe con l'introdurre una indebita duplicazione di ipotesi di responsabilità (quella "amministrativa" finirebbe con l'aggiungersi a quella "penale", ma entrambe finirebbero con il riguardare lo stesso "centro di interessi", *ergo* lo stesso soggetto). Situazione questa, va soggiunto *per incidens*, che finirebbe con il contrastare con il disposto dell'articolo 27 d.lgs. 231, che, nello stabilire che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde il solo ente con il proprio patrimonio, attesta la scelta del legislatore di attuare il principio della personalità della responsabilità dell'ente: scelta che non si concilia con la pretesa estensione della normativa *de qua* ad un'impresa dove non è ravvisabile un patrimonio "sociale" distinto da quello personale del titolare.

5. Solo *per incidens* va osservato che completamente diversa, rispetto a quanto sostenuto per l'impresa individuale, è la disciplina della società "unipersonale"³, per la quale, pur essendo indiscutibile trattarsi di "entità" diversa dalla persona fisica del socio unico, l'unico problema che può porsi, per fondare la responsabilità amministrativa, è squisitamente probatorio. Nel senso che può non essere facile distinguere, quando autore del reato presupposto sia il socio unico, l'interesse o vantaggio per l'ente dall'interesse o vantaggio personale dell'agente. E' però tematica che pertiene solo alla dimostrazione della responsabilità amministrativa dell'ente, particolarmente difficile allorquando ci si trovi di fronte ad una situazione di "confusione" dei patrimoni tra la società ed il suo socio unico, ma che in nulla influisce sulla astratta ammissibilità di questa⁴.

6. La soluzione della Corte lascia perplessi anche per gli argomenti giuridici utilizzati.

Per giungere all'affermazione "estensiva" della responsabilità, infatti, il giudice di legittimità si impegna a sostenere, attraverso una pretesa lettura costituzionalmente

³ Sulla questione, efficacemente, anche per una ricostruzione delle diverse opinioni della dottrina, cfr. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista*, 3-2008, pp. 145 ss.

⁴ Cfr. ancora D'ARCANGELO, cit., p. 153.

orientata dell'articolo 1, d.lgs. 231, l'"assimilazione" dell'impresa individuale alla persona giuridica, che giustifica con l'esigenza di voler evitare una "disparità di trattamento" tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate.

In realtà, il primo profilo di perplessità risiede proprio nell'esigenza di "parificazione" che si vorrebbe soddisfare, trascurando di considerare le differenze concettuali e giuridiche tra le due situazioni messe impropriamente a confronto, che poggiano essenzialmente sulla già rilevata esistenza di un "centro autonomo di interessi" solo nel caso della costituzione di una persona giuridica.

Il secondo profilo di dubbio insiste sul metodo prescelto per risolvere l'asserita disparità di trattamento, basato, cioè, su un'interpretazione estensiva *in malam partem* che è, già di per sé, impraticabile nella *subiecta materia*. E' argomento efficacemente affrontato dalla precedente decisione della Cassazione, inopportuno avversata dalla pronuncia in esame, laddove il giudice di legittimità aveva richiamato proprio il divieto di analogia *in malam partem* per disattendere il ricorso proposto dal pubblico ministero.

TEMI

CONFISCA E SEQUESTRO PREVENTIVO: VECCHI ARNESI INTERPRETATIVI E NUOVE FRONTIERE DI LEGALITÀ¹

Prof. Avv. Alessandro Bernasconi, Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Brescia, Avvocato in Milano

1. I profili da ripensare

È risaputo che, tra gli strumenti di marca penalistica annoverati dalla normativa sulla responsabilità da reato degli enti, i più incisivi - e per questo temuti - si sono rivelati essere, sul versante sanzionatorio, la confisca del prezzo o del profitto del reato e, su quello cautelare, il sequestro preventivo dei beni di cui è consentita l'ablazione stessa. Il diffuso impiego di entrambi, nel processo penale *contra societatem*, ha sollevato una molteplicità di problematiche e di dissidi interpretativi, spesso riconducibili ad un vizio di approccio della giurisprudenza, ovvero quello di prendere in prestito categorie concettuali talvolta superate dalle nuove esigenze ermeneutiche - imposte dall'avvento del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 -, talaltra inutilizzabili in quanto forgiate esclusivamente per l'imputato-persona fisica.

Al fine di suggerire inquadramenti e soluzioni alternative a quelle sino ad oggi prospettate dai giudici è necessario premettere, dal punto di vista metodologico, un triplice ordine di considerazioni, afferenti alla natura della confisca, ai presupposti applicativi del sequestro preventivo e, infine, ai criteri di individuazione della proprietà dei beni da sottoporre ad apprensione coattiva.

1.1. "La" confisca? Un istituto al plurale

Sia la Corte Costituzionale - già dagli anni Sessanta del secolo scorso² -, sia, di recente, la Corte di cassazione a sezioni unite³, hanno affermato l'impossibilità di fare riferimento ad un concetto di confisca astratto ed ispirato ad unità concettuale: l'istituto ablativo va declinato nello specifico contesto normativo di appartenenza per

¹ Il presente contributo è frutto della rielaborazione delle relazioni presentate al convegno della Camera penale di Venezia su *Sequestro preventivo, confisca per equivalente* (Venezia-Mestre, 26 giugno 2009) e al convegno della Camera penale di Milano su *Misure di prevenzione reali e misure cautelari reali* (Milano, 1° marzo 2011), nonché dell'intervento programmato al convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale su *Sequestro preventivo e confisca per equivalente. Verso una nuova frontiera delle misure patrimoniali?* (Verona, 19 giugno 2010).

² Corte cost., sentt. 25 maggio 1961, n. 29 e 4 giugno 1964, n. 46.

³ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, *Fisia Italimpianti s.p.a. et al.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738 s., con nota di E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*.

rintracciarne la *ratio*, i connotati distintivi e le peculiari cadenze applicative. Di conseguenza, la confisca assume figure cangianti per esibire vuoi la veste tradizionale di misura di sicurezza, vuoi la natura di vera e propria pena, vuoi - ancora - quella di una fattispecie innervata di profili civilistici e/o amministrativi. Del resto, la constatazione per la quale non viene in rilievo, oggi, solo la fisionomia ispirata al diritto penale classico ma, in concreto, quella che risulta da e in una determinata legge, trova esplicita conferma nel d.lgs. 231/2001 ove - come è noto - albergano quattro tipologie di confisca: quelle, rispettivamente, *ex artt.* 19 (ovvero, una sanzione), 6 comma 5 (la sottrazione del profitto del reato commesso dai vertici dell'ente), 15 comma 4 (la sottrazione del profitto conseguito nel periodo di commissariamento giudiziale) e 23 comma 2 (la sanzione contro le violazioni dei divieti imposti con le misure interdittive ed il profitto che ne è derivato).

1.2. Sequestro preventivo: i requisiti

Nel processo penale la giurisprudenza si adagia, quanto a verifica dei presupposti della cautela reale, sulla sussunzione del caso pratico nella fattispecie di reato; quindi, *fumus boni iuris* e, pressoché conseguentemente, *periculum in mora*, non rappresentano momenti di accertamento approfondito ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo⁴. Tuttavia, quando si è al cospetto di un sequestro funzionalizzato non all'istituto richiamato dall'art. 321 comma 2 c.p.p. - ovvero la confisca intesa come misura di sicurezza patrimoniale - bensì ad una sanzione, qual è quella contemplata dall'art. 19, d.lgs. 231/2001, la prospettiva deve mutare in termini radicali, poiché - in quest'ultimo caso - viene anticipata, in sede cautelare, l'applicazione di una pena. In altri termini, importare i canoni di controllo del presupposto cautelare, in voga nel processo alle persone fisiche, in quello *contra societatem*, equivale ad utilizzare utensili inappropriati ed inidonei a soddisfare (ineludibili) esigenze di legalità. Generalizzando, a scopi espositivi, si può asserire che ad ogni tipologia di confisca corrisponde una versione di sequestro preventivo e dei relativi requisiti applicativi, da accertare nel procedimento cautelare.

1.3. Appartenenza dei beni da sequestrare e principio solidaristico

Nemmeno il problema dell'individuazione dei beni da sequestrare preventivamente e, in seguito, da confiscare, è risolvibile - come si ostina a ribadire la Cassazione - attingendo, dall'ambito della responsabilità della persona fisica, al principio solidaristico in materia di pena⁵; solidarismo che si traduce nell'indifferenza circa la proprietà del patrimonio, della persona giuridica piuttosto che di quella fisica, da sottrarre. Trattasi di un approccio vetusto, poiché la classica figura penalistica del concorso di persone nel reato non è fruibile, quale paradigma di riferimento, quando

⁴ Tra le tante, Cass., sez. II, 26 febbraio 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1043, con nota di N. VENTURA, *Sul sequestro preventivo di beni confiscabili*.

⁵ Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, Bettoe, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4274, con nota di E. LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*.

si è al cospetto di illeciti nei quali sono coinvolti ente collettivo e persona fisica; anche in questo campo, l'interpretazione è chiamata a sperimentare nuovi sentieri.

2. La confisca quale “moderna” sanzione

È osservabile una stratificata, a tratti accidentata, molto spesso contraddittoria, evoluzione normativa dell'istituto; appare oggi inutile, e anche le sezioni unite della Suprema corte hanno elevato un monito in proposito⁶, catalogare la confisca nel rigido schema delle misure di sicurezza, mentre è proficuo, di contro, riconoscere in quella di valore, ovvero la confisca per equivalente, i tratti distintivi di una sanzione.

Occorre richiamare, seppure in estrema sintesi, alcuni punti fermi volti ad asseverare l'equazione tra confisca e pena.

Viene in gioco, in prima battuta, lo sviluppo dell'istituto in parola verso una generalizzata obbligatorietà applicativa. Premesso, da un lato, che il concetto di *profitto* identifica il lucro che si ricava dalla commissione del reato, mentre quello di *prezzo* rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e, dall'altro, che per il *profitto* del reato l'art. 240, comma 1, c.p. prevede la *facoltatività* della confisca mentre, per il prezzo del reato, il comma 2 n. 2 della citata norma prescrive l'*obbligatorietà* dell'ablazione, va ricordato come la giurisprudenza abbia cercato, in molteplici occasioni, di forzare i confini del significato di *prezzo* del reato allo scopo di ampliare l'effettività repressiva della confisca, e come ciò sia avvenuto a discapito del principio di legalità. Tale orientamento ha costituito lo spunto per la riforma - realizzata con la previsione speciale di cui all'art. 322-ter c.p. - della disciplina della confisca del *profitto* e del *prezzo* del reato, resa obbligatoria per i delitti dei pubblici ufficiali⁷.

La retrospettiva storica identifica negli anni Settanta il momento dal quale è dato assistere ad un moto di progressiva emancipazione della confisca del *profitto* del reato dal potere del giudice - meramente discrezionale - di disporla, verso una sua applicazione obbligatoria in caso di condanna. Ciò accade grazie a numerose leggi speciali che proliferano nel solco della lotta a forme di criminalità indotte «dalla tensione all'arricchimento, a detrimento di rilevanti interessi generali»⁸. Tuttavia, e solo per citare qualche “estremo storico”, un esempio importante di confisca obbligatoria del profitto del reato è reperibile addirittura nella legge doganale del 1940⁹, mentre, tra quelli più vicini alla nostra epoca, si registrano due provvedimenti in materia di sicurezza pubblica e, nello specifico, di immigrazione clandestina - uno del 2009, l'altro del 2008 - a proposito di confisca, nel primo, del mezzo usato per il trasporto di immigrati clandestini¹⁰ e, nel secondo, dell'immobile dato in alloggio o in locazione - a titolo oneroso e al fine di trarne ingiusto profitto - allo straniero privo di titolo di

⁶ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a. et al., cit., p. 1747.

⁷ La disposizione citata è stata introdotta dall'art. 3 della legge 29 settembre 2000, n. 300 (la stessa, peraltro, che contemplava - all'art. 11 - la delega al governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica).

⁸ Per questa ricostruzione, F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, pp. 20 ss.

⁹ Il riferimento è alla speciale confisca prevista dall'art. 116 della legge 25 settembre 1940, n. 1424.

¹⁰ V. l'art. 26 della legge 15 luglio 2009, n. 94.

soggiorno¹¹; in un caso si punta a colpire gli strumenti utilizzati per la commissione di delitti, nell'altro a sottrarre la libera disponibilità di ciò che consente il permanere della situazione criminosa¹².

Ulteriore punto attiene al progetto di riforma del codice penale elaborato dalla commissione presieduta da Carlo Federico Grosso; esso ha scartato, a causa di una possibile incompatibilità con la giurisprudenza della Corte costituzionale, l'opzione di recepire, nel progetto di codice, la fattispecie della "speciale" confisca di cui all'art. 12-*sexies* della legge 7 agosto 1992, n. 356¹³ - sulla quale si tornerà a breve con qualche cenno - e ha proposto, viceversa, di considerare la confisca non più come una misura di sicurezza ma come una pena, secondo i casi, accessoria o principale, concernente singoli beni - si badi - tassativamente indicati dalla legge¹⁴.

Un terzo aspetto concerne le misure di prevenzione: nell'art. 2-*ter* comma 3 della legge 31 maggio 1965, n. 575¹⁵, la confisca si estende *oltre* il profitto e il prodotto, non dell'illecito - ciò sarebbe, *va da sé*, incompatibile con la finalità di prevenzione *ante delictum* - bensì dell'attività del reo.

È tuttavia il rapporto tra confisca e crimine di impresa quello che, in questa sede, desta maggiore interesse. Per sua naturale e intrinseca vocazione all'utile e al profitto l'attività imprenditoriale diviene oggetto delle politiche legislative che puntano alla sottrazione coattiva del vantaggio acquisito con il reato: questo, perlomeno, è l'intento dichiarato, ovvero quello di contrastare, grazie a siffatto strumento, la criminalità degli affari. La percezione internazionale, che si diffonde anche in Italia, per la quale i veri protagonisti della criminalità del profitto sono proprio le *corporations*, ha indotto a fare spazio, nella disciplina della responsabilità degli enti, anche alla confisca, pure qui con esplicite cadenze di natura punitiva; proprio su questo terreno la finalità dell'istituto diviene più scopertamente punitiva. Nel quadro normativo del 2001 sono individuabili quattro diverse configurazioni della *confisca*.

Quella principale, ovvero la fattispecie sanzionatoria, è prevista dall'art. 19; trattasi di sanzione che, tra l'altro, è richiamata in quelle generali di cui all'art. 9 (accanto alla sanzione pecuniaria, alle sanzioni interdittive, alla pubblicazione della sentenza di condanna); ha come oggetto il *profitto* e il *prezzo* del reato; è obbligatoria, perché segue sempre la sentenza di condanna; è autonoma rispetto alle altre sanzioni; può essere applicata per equivalente quando non è possibile eseguirla a norma del comma 1 dell'art. 19; ha per oggetto somme di denaro, beni, altre utilità.

Nel sistema del d.lgs. 23/2001 la confisca si affaccia in altri tre istituti. Essa può essere applicata all'ente che dimostri la propria estraneità al reato commesso dagli apicali (art. 6 comma 5). Cioè a dire, l'ente che, sottoposto a processo, riesca a provare - nella scalata probatoria ad onere invertito contemplata dall'art. 6, comma 1 - di avere adottato un modello di organizzazione e gestione idoneo ed efficace, che vi è stata l'elusione fraudolenta dei protocolli organizzativi da parte del proprio *management*, che l'organismo di vigilanza - autonomo ed indipendente - non è caduto in omissioni o negligenze nell'attività di controllo, può sì guadagnare

¹¹ V. l'art. 5 della legge 24 luglio 2008, n. 125.

¹² F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., p. 22.

¹³ Volendo, v. A. BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.-l. 20 giugno 1994 n. 339 conv. dalla l. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1417 ss.

¹⁴ Ne da conto A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, Milano, 2006, p. 2129.

¹⁵ Introdotta dalla legge 13 settembre 1982, n. 646

l'assoluzione ma, il profitto ricavato dal reato-presupposto commesso dalla persona fisica, viene ad esso confiscato; l'ordinamento, nel compiere questa scelta, sembra sottintendere che, anche laddove l'ente venga riconosciuto non colpevole, l'equilibrio economico alterato dal reato vada ristabilito: infatti, presupposto del processo *contra societatem* è che un reato sia stato commesso - dalla persona fisica del così detto apicale - nell'interesse o a vantaggio dell'ente. E, in assenza di un provvedimento ablatorio, l'ente lucrerebbe un giovamento, seppur incolpevolmente, dal reato; dalla *ratio* della previsione trapela la matrice della confisca che non è, almeno in questo caso, sanzionatoria¹⁶.

Conclusione non dissimile sembra valere per il caso dell'ente il quale, in ragione della primaria posizione di mercato ricoperta (o del fatto che garantisce un pubblico servizio), può essere esentato dall'applicazione della misura - in sede cautelare o sanzionatoria - della interdizione dalla attività: viene applicato, in sua vece, il commissariamento giudiziale (art. 15); il commissario opera sotto il controllo del giudice che l'ha nominato ed è tenuto a mettere a disposizione, ai fini della confisca, il profitto che consegue all'attività d'impresa da egli gestita. La tipologia di confisca in questione non è additabile alla stregua di una sanzione in ragione del controllo giudiziale sull'operato del commissario; l'ablazione - inoltre - colpisce un profitto che non germina dal reato, bensì dall'attività lecita. Anche in questo caso, si è in presenza di un mezzo che tende a ristabilire una sorta di condizione di eguaglianza rispetto al punto di partenza, cioè a dire, se l'ente non avesse goduto del beneficio del commissariamento giudiziale la misura interdittiva della chiusura dell'attività avrebbe dispiegato i suoi (devastanti) effetti e, di conseguenza, l'impresa non avrebbe potuto lucrare profitto¹⁷; l'ordinamento consente all'ente, imputato o condannato, di continuare ad esercitare la propria attività sotto la gestione di un commissario ma il profitto che deriva da quest'ultima viene confiscato. Una scelta, quella del trasferimento forzoso del profitto, suscettibile di palesare una certa screziatura punitiva: incontrovertibile, tuttavia, che il suddetto non è profitto da reato bensì scaturisce da un'attività lecita, seppure proseguita *sub iudice*. E il senso della misura adottata (la confisca) ne illumina, al tempo stesso, la coloritura intrinseca.

Nel sistema della responsabilità degli enti, l'ultima tipologia di confisca - con tratti squisitamente sanzionatori - è quella di cui all'art. 23, comma 2, per il caso di violazione degli obblighi e divieti che connaturano le misure interdittive; se l'ente ha beneficiato di un profitto, conseguente alla trasgressione, l'indefettibilità della confisca risulta funzionale alla punizione del medesimo.

Chiude la lista degli indici rivelatori della connotazione sanzionatoria dell'istituto un fattore legato all'oggetto dell'apprensione coattiva; il primo passaggio verso una nettissima ed inconfutabile «adesione al paradigma punitivo»¹⁸, secondo il quale il profitto deve essere sottratto al reo - *indipendentemente dalle trasformazioni del profitto* stesso -, si realizza grazie alla *confisca per equivalente*. La fungibilità dei beni ricavati dal reato, con una somma monetaria di pari valore, «sgombera», in termini

¹⁶ Per le tesi al riguardo, v. A. BERNASCONI, sub art. 6, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001*, n. 231, Padova, 2008, p. 115.

¹⁷ F. VIGANÒ, sub art. 15, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001*, n. 231, cit., p. 211.

¹⁸ A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2108.

inequivoci, «la scena della confisca»¹⁹ da qualunque residuo reperto di una nozione di pericolosità della cosa che, ormai, appartiene al buon tempo antico. In questo caso, non si tratta più nemmeno di accertare se la pericolosità passi dalla *res* al reo; la pericolosità - in conclusione - «diviene solo [una] nozione normativa», che non è «riferibile al ricavato dal reato», in quanto del tutto «neutro»²⁰: essendo i beni destinati alla *captatio* fungibili, l'ordinamento penale si disinteressa dei mezzi impiegati per compiere il reato.

Al di là degli esempi portati fin qui all'attenzione, si registra un dato di fondo ineludibile: la confisca costituisce «un mezzo di reazione al crimine di eccezionale duttilità»²¹. Lo strumento era noto e largamente impiegato ancor prima di venire inquadrato, nel codice Rocco del 1930, tra le misure di sicurezza; ad esso era stata applicata un'etichetta, quella di mezzo di neutralizzazione della pericolosità della *res*²²; il tutto si è però risolto in un «omaggio formalistico alla simmetria, privo di contenuti stringenti»²³, proprio perché la simmetria medesima - pena/responsabilità, da un lato, misura di sicurezza/pericolosità, dall'altro - non aveva e non ha più ragion d'essere. Ciò in quanto - come si è cercato di chiarire - la storia del percorso della confisca arriva fino «al punto da rendere poco plausibile una ricerca del fondamento», cioè la pericolosità della cosa, «di fronte al fiorire di una gamma lussureggiante di istituti»²⁴; dalle misure di prevenzione ad una sanzione penale *tout court* (quella proposta dal «progetto Grosso»), fino all'esito, non ultimo ma più significativo, rappresentato dall'art. 19, d.lgs. 231/2001.

3. Il sequestro preventivo, strumento cautelare volto ad anticipare la confisca-sanzione

Il tratteggiato *iter* della confisca verso lidi sanzionatori è funzionale alla disamina di quello che, nella prassi applicativa del d.lgs. 231/2001, si atteggia a naturale preludio dello strumento: la cautela reale del sequestro preventivo; più precisamente, ciò che qui interessa è la prospettiva di *come* l'istituto medesimo abbia subito una significativa torsione, indotta dalla natura (sanzionatoria) del mezzo ablativo che il sequestro anticipa, applicandolo in sede cautelare.

L'art. 53 - rubricato, appunto, «sequestro preventivo» - si fa portatore di una apparente confusione nominalistica, inducendo, ad una prima lettura, a ritenere che questa cautela reale - una volta inquadrata nel prisma di riferimento, ovvero il processo penale - sia finalizzata a scongiurare un pericolo, quello dell'aggravamento dell'illecito; parrebbe cioè riprodotta la finalità preventiva dell'art. 321 comma 1 c.p.p., connessa, nel caso specifico, non alla libera disponibilità di una cosa pertinente al reato - requisito tipicamente ritagliato sulla sagoma della persona fisica - bensì alla prosecuzione dell'attività dell'ente. In realtà, dal testo della norma si apprende che il

¹⁹ In questi termini si esprime A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., p. 2108.

²⁰ *Ibidem*, p. 2108.

²¹ *Ibidem*, p. 2128.

²² *Ibidem*, p. 2128.

²³ *Ibidem*, p. 2128.

²⁴ *Ibidem*, p. 2128.

vincolo sulla *res* è strettamente funzionale alla piena concretizzazione del provvedimento di confisca di cui all'art. 19; quindi, la locuzione *preventivo* ha più che altro una valenza di tipo temporale²⁵.

È così chiarito, come premessa, che il riferimento del provvedimento ablativo cautelare alla confisca impedisce all'interprete di adagiarsi su comode sovrapposizioni tra l'istituto previsto per la persona fisica e quello contemplato per la persona giuridica; il sequestro in parola è infatti funzionale non ad una misura di sicurezza ma ad una pena, con l'importante conseguenza di una rivisitazione del metodo di approccio: attardarsi ad inquadrare la fattispecie nella cornice degli strumenti codicistici, previsti per la persona fisica, non è operazione transitiva legittimamente praticabile²⁶. Come anticipato, è la natura punitivo-afflittiva della confisca, cui il sequestro in parola è preordinato, a dettare le cadenze logiche dell'interpretazione.

In via preliminare, occorre verificare come si articola, a livello cautelare, l'apparato normativo del 2001 con riferimento allo strumento elettivo ivi contemplato, ovvero le misure interdittive. Queste - com'è noto - sono applicabili *tout court* in ambito cautelare; in termini ancora più espliciti, non è previsto un sistema di misure autonome perché la scelta del legislatore è quella di anticipare, in sede cautelare, l'applicazione delle suddette sanzioni. Ma, con un apparato precauzionale per larga parte appiattito su quello sanzionatorio - con l'eccezione degli strumenti reali, ovvero il sequestro preventivo e quello conservativo -, il problema del rapporto tra il primo e la presunzione di non colpevolezza si pone con chiara evidenza²⁷; va da sé, il principio consacrato dall'art. 27, comma 2 Cost. è inteso qui non come regola di giudizio, bensì come regola di trattamento che vieta di assimilare l'imputato al colpevole. E uno dei corollari più pregnanti della garanzia in parola, pacificamente accolto dalla dottrina, sia processualpenalistica che costituzionalistica, consiste nel divieto di anticipare in fase cautelare una pena.

Ciò premesso, nella disciplina del sequestro preventivo, nel procedimento *contra societatem*, il nodo critico si ripropone in termini non dissimili in quanto lo scopo precauzionale perseguito dalla cautela reale si smarrisce: il sequestro è infatti finalizzato all'applicazione della confisca-sanzione. Intuibile, del resto, che l'apprensione del prezzo o del profitto del reato non è certo uno strumento idoneo a neutralizzare il rischio di aggravamento e reiterazione dell'illecito. La connotazione «preventivo» (ex art. 53) ha - come anticipato - una valenza spiccatamente temporale e non precauzionale in senso stretto. L'interrogativo, a questo punto, concerne la funzione svolta da questa peculiare tipologia di sequestro preventivo. L'anticipazione del vincolo sulle cose delle quali, una volta accertato nel merito l'illecito amministrativo dipendente da reato, sarà possibile eseguire la confisca, impedendo così la sottrazione o la dispersione delle medesime, appare come il ruolo più consono - nel sistema - attribuibile allo strumento in esame. Se tale è l'inquadramento teleologico del sequestro preventivo, l'accennato richiamo al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza impegna di connotazioni significative i rapporti tra cautela e

²⁵ M. ROBERTI, *L'applicazione delle misure interdittive: il sequestro*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, a cura di G. LANCELLOTTI, Torino, 2003, p. 168.

²⁶ A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in questa *Rivista*, 2009, f. 3, pp. 183 ss.

²⁷ A. PRESUTTI, sub art. 45, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 411.

sanzione. La finalità cautelare esibisce effetti sanzionatori anticipati tali da esigere - e la posta in gioco è la legittimità costituzionale della misura reale - che l'interprete si faccia carico di una soluzione ortopedica, idonea a fronteggiare una lacuna; nell'art. 53 è infatti assente ogni riferimento testuale ai presupposti di applicazione del sequestro preventivo e, in particolare, al cosiddetto *fumus boni iuris*, ovvero i gravi indizi di colpevolezza.

L'asimmetria di fondo è già stata da più voci rilevata²⁸: se in tema di misure cautelari l'art. 45 si è profuso nell'individuazione delle condizioni applicative, altrettanto non è accaduto, con l'art. 53, in relazione al sequestro preventivo; ciò nulla toglie alla necessità - se non doverosità - di controbilanciare l'improprio utilizzo cautelare di una pena²⁹. Proprio alla luce della obiettiva contiguità tra cautela reale e mezzi di interdizione risulta irrazionale e, per certi versi, inaccettabile, ammettere che l'intervento cautelare si moduli su un differente grado di intensità indiziaria solamente in ragione dell'oggetto su cui si dirige³⁰: per l'ente, le misure interdittive (con il corredo di presupposti da accertare ex artt. 45 e 13), per il suo patrimonio, i sequestri. Al contrario, la ponderazione degli indizi per l'applicazione delle cautele - interdittive o reali che siano - deve adottare la stessa scala metrica: *a fortiori*, se si tiene conto che la stretta parentela tra sequestro preventivo e mezzi interdittivi è ulteriormente rafforzata dal comune effetto neutralizzativo, il quale incide su un'attività economica. Quindi - come è stato patrocinato dalla dottrina più sensibile³¹ - per il sequestro preventivo va contemplata una rigida previsione dei presupposti di applicazione. E ciò, lo si ribadisce, non per ideologico garantismo ma per salvaguardare la compatibilità della misura con i principi costituzionali (art. 27, comma 2 Cost.). Da questa angolatura - per tornare alla premessa di metodo iniziale - riaffiora l'impossibilità di importare, per il problema qui trattato, le corrive esegesi³² che, nel settore delle cautele reali codicistiche, vengono tuttora proposte; si allude, da un lato, all'interpretazione giurisprudenziale per la quale i gravi indizi di reato sono surrogati con l'astratta configurabilità della violazione, cioè la sussunzione della fattispecie concreta nella norma penale che si assume violata; dall'altro lato, allo svilimento del *periculum in mora*, diluito in requisito implicito, e pertanto da non accertare da parte del giudice, con riferimento ai beni di cui è consentita la confisca ex art. 321, comma 2 c.p.p.³³. Trattasi di operazioni ermeneutiche connotate da un lassismo che finisce per vanificare il controllo giurisdizionale sui presupposti della misura cautelare³⁴. E poiché la confisca non è, nel sistema della responsabilità degli enti, misura di sicurezza, bensì pena, la presunzione di non colpevolezza, nella sua accezione di divieto di anticipare una sanzione in sede cautelare, richiede che la minorata garanzia - connessa alla provvisoria applicazione dell'ablazione con il sequestro preventivo -

²⁸ Per tutti, A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., p. 181.

²⁹ E. LORENZETTO, sub art. 53, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 466.

³⁰ F. PERONI, *Il sistema cautelare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 267.

³¹ E. LORENZETTO, sub art. 53, p. 466.

³² Così A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., p. 184.

³³ Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, p.m. in proc. Miritello, in *Giur. it.*, 2006, p. 2139.

³⁴ A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., pp. 184 ss.

vada in qualche misura compensata. Si allude qui ad un sensibile irrigidimento dei presupposti applicativi del sequestro preventivo su entrambi i fronti, quello del quadro indiziario, per un verso, e quello del *periculum in mora*, per l'altro³⁵.

Se il sequestro preventivo *ex art. 53* mira a garantire la futura confisca del prezzo o del profitto del reato conseguente alla condanna, il *fumus* necessario all'applicazione della misura in cosa dovrà consistere? Come è stato correttamente suggerito, dalla probabilità - da accertare da parte del giudice - che si giunga alla confisca del prezzo o del profitto del reato; in altre parole, ai fini del sequestro preventivo andranno verificati due presupposti: la probabilità che si giunga a una pronuncia di condanna e il fatto che il bene in oggetto costituisca il prezzo o il profitto del reato. Una conclusione, sulla quale tutta la dottrina processualpenalistica è unanime³⁶. Non è quindi sufficiente che il giudice si limiti ad attestare l'esattezza dell'impostazione formale della contestazione, come oggi avviene per il sequestro, nei confronti delle persone fisiche, nel quadro del codice di rito.

Quanto all'altro requisito - il *periculum in mora* - occorre (anche in questo caso) discostarsi dall'opinione giurisprudenziale prevalente per cui esisterebbe una sorta di presunzione di pericolosità, connaturata ai beni suscettibili di confisca, tale da rendere superflua qualunque indagine al riguardo. Se l'ormai assodata natura sanzionatoria della confisca viene coniugata con l'accertamento del *periculum in mora*, la conclusione vira necessariamente in una direzione: l'esigenza cautelare va rapportata alla specifica finalità del sequestro, quella di garantirne la fruttuosità - cioè a dire - che la futura confisca vada a buon fine³⁷. Il controllo del giudice non può adagiarsi sull'implicita sussistenza di tale condizione; viceversa, va condotta un'indagine apposita la quale deve vertere sulla concreta probabilità che il prezzo o il profitto del reato si volatilizzino. In ciò risiede la differenza fondamentale tra il sequestro preventivo per gli enti e l'omologa figura funzionale alla confisca di cui al 321, comma 2 c.p.p. (per le persone fisiche). È la peculiarità dell'oggetto della ablazione che non risponde affatto a requisiti, espliciti o impliciti, riconducibili alla pericolosità intrinseca del bene; il sequestro preventivo nel settore degli enti non verte su un "bene pericoloso"; il pericolo, semmai, è altrove, e concerne la dissipazione dell'oggetto medesimo, tale da giustificare - appunto - la sua apprensione in sede cautelare³⁸.

In via riassuntiva, il provvedimento di sequestro preventivo richiede, nella ricostruzione qui proposta, un triplice ordine di accertamenti; che vi sia un concreto ed accertato pericolo di dispersione dell'oggetto della confisca; che sussista, in secondo luogo, un'apprezzabile probabilità di giungere ad una sentenza di condanna dell'ente; infine, la natura del bene oggetto di apprensione, in sede cautelare, sia rappresentata dal prezzo o dal profitto del reato.

Uno sguardo alla giurisprudenza in materia di confisca prevista dall'art. 12-*sexies* della legge 356/1992, illumina un precedente nel quale la Cassazione ha stabilito che, per disporre il sequestro preventivo dei beni confiscabili, l'accertamento del *fumus commissi delicti* non può essere limitato - a differenza di altre figure di sequestro

³⁵ E. LORENZETTO, sub *art. 53*, p. 466.

³⁶ Per tutti, F. LATTANZI, *Sequestri*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2005, p. 529.

³⁷ E. LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, cit., p. 1797.

³⁸ E. LORENZETTO, sub *art. 53*, p. 467.

preventivo - al controllo puntuale e coerente delle risultanze processuali, in base alle quali ritenere esistente il reato configurato e la conseguente possibilità di sussumere la fattispecie concreta processuale in quella astratta³⁹; al contrario, la verifica - sostiene la Corte - attiene alla possibilità di formulare un giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato per uno dei reati-presupposto previsto dall'art. 12-*sexies* medesimo. La soluzione al problema di cui si discute è dunque già presente nel sistema.

Laddove tuttavia il tentativo di rifunzionalizzare i presupposti del sequestro per gli enti a più stringenti parametri - che non obbediscono e non corrispondono alle superate logiche del sequestro per le persone fisiche - si riveli sterile, l'unica alternativa da percorrere risulterebbe quella di promuovere un controllo di costituzionalità della norma. Ben dieci anni or sono era stato sollevato il problema dell'eccesso di delega, e lo iato rilevabile tra la legge 300/2002 e il d.lgs. 231/2001, palesa(va) la violazione dell'art. 76 Cost.. La norma fondamentale vincola l'esercizio della funzione legislativa - da parte del governo - alla determinazione, ad opera del parlamento, dei principi e dei criteri direttivi per un tempo limitato e per oggetti definiti. L'art. 11 della legge delega (300/2000) non menzionava affatto la misura del sequestro preventivo, istituto che fa peraltro parte di un sistema di cautele reali nemmeno esso contemplato, in via generale, dalla delega stessa. L'ipotesi di eccesso di delega non appare controvertibile facendo ricorso - come è stato da taluno ventilato⁴⁰ - all'espedito di colmare la lacuna (dell'assenza di riferimento alle misure cautelari reali) attraverso la eterointegrazione con il codice di procedura penale, resa possibile dall'art. 34, d.lgs. 231/2001 (per il quale le disposizioni del codice di rito sono applicabili in quanto compatibili con il procedimento penale *de societate*). La genericità del richiamo operato dall'art. 34 - con la suddetta clausola di compatibilità - non pare consentire di sciogliere il nodo della mancata previsione delle cautele reali da parte della legge delega⁴¹. Per questo motivo, di fronte al perdurare della ignavia della giurisprudenza nella valutazione dei presupposti applicativi del sequestro preventivo, l'unica strada rimane, appunto, quella del controllo di costituzionalità.

4. L'arbitrario ricorso al principio solidaristico ai fini dell'individuazione del patrimonio da sequestrare

Come si è osservato, il problema della appartenenza dei beni da sequestrare in via preventiva, e in seguito da sottoporre a confisca, è sbrigativamente risolto dalla giurisprudenza facendo ricorso al principio solidaristico - in tema di sanzioni - in nome del quale sarebbe del tutto indifferente la proprietà del patrimonio (della persona fisica o dell'ente) da apprendere in maniera coattiva.

Arroccata su questa posizione, la Cassazione afferma che sulla base della «convergenza di responsabilità della persona fisica e di quella giuridica» e «avuto

³⁹ Cass., sez. I, 16 dicembre 2003, Marzocchella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1235.

⁴⁰ G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al f. 6, p. 135.

⁴¹ C. BONZANO, *Il procedimento penale a carico degli enti: restano incerti i confini per l'applicazione delle norme in tema di sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 941; E. LORENZETTO, sub art. 53, p. 457.

riguardo all'unicità del reato come fatto riferibile a entrambe, deve trovare applicazione il principio solidaristico» il quale «informa lo schema concorsuale, con la conseguenza che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può interessare *indifferentemente ciascuno dei soggetti indagati, anche per l'intera entità del profitto accertato* [corsivo di chi scrive], con il limite però che il vincolo cautelare di disponibilità non deve essere esorbitante»⁴². In altre parole, il giudice di legittimità ritiene che l'impossibilità di soddisfarsi sul patrimonio dell'ente legittima - vuoi a causa del concorso nel reato, vuoi per l'"equivalenza" dei beni - l'apprensione di quello della persona fisica.

L'approccio metodologico al problema consiglia di distinguere un profilo teorico ed uno tecnico-pratico. Dal primo punto di vista, il paradigma di responsabilità, adottato dal legislatore nel 2001, si risolve in una fattispecie - dogmatica - a "concorso necessario"; lo dimostra il criterio imputativo principale: per attribuire la responsabilità alla *societas* occorre che questa partecipi al reato - tramite la cosiddetta colpa di organizzazione - materialmente commesso dalla persona fisica. Ciò vale per il nesso di ascrizione soggettivo. A questo va aggiunto - come noto - quello di natura oggettiva, per il quale il reato deve essere compiuto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

L'estensione della responsabilità alla società avviene sulla base del principio di accessorietà, in quanto un fatto materiale tipico - commesso da una persona fisica, anche se non individuata (v. art. 8) - deve essere stato comunque realizzato; a tale evento accede la responsabilità della società che, altrimenti, non sarebbe stato possibile imputare ed accertare. Dunque, un unico reato, due diverse forme di responsabilità, quella naturalisticamente presupposta, fondata sul reato della persona fisica, e quella della partecipazione della persona giuridica, "interessata" o "avvantaggiata" - ex art. 5 - dal reato commesso dalla persona fisica. Questa l'ossatura dell'impianto del 2001.

Le conseguenze sul piano della distribuzione degli effetti - relativi alle suddette responsabilità - sono lineari. La persona fisica, autrice del reato presupposto, non potrà mai rispondere per l'illecito amministrativo dipendente da quel fatto: ad essa è imputabile solo il primo. Tale approccio implica che non dovrebbero risultare confiscabili per equivalente (e tantomeno essere sottoponibili a sequestro) i beni della persona fisica, in quanto soggetto che risulta *estraneo all'illecito amministrativo addebitato all'ente* e, quindi, alle sanzioni, confisca compresa, che lo puniscono. Reato della persona fisica, pena e misura di sicurezza sono istituti tipici del codice penale e delle leggi speciali, concepiti per l'individuo; illecito amministrativo dipendente dal reato e relative sanzioni, sono categorie *altre*, ritagliate sulla sagoma del soggetto collettivo⁴³.

L'epilogo ermeneutico è avvalorato da almeno un paio di dati, uno di stampo normativo, l'altro di natura sistematica.

Il primo afferisce all'istituto della riduzione della sanzione pecuniaria, contemplato dall'art. 12; qui si prevede, laddove l'autore del reato abbia commesso il fatto nel

⁴² Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1957; affermazioni peraltro ribadite da Cass., sez. VI, 5 marzo 2009, Betteo, cit., p. 4275, nonché da Cass., sez. II, 14 giugno 2006, Troso, *ivi*, 2007, p. 2886, con nota di C. BONZANO, *Sull'inapplicabilità del sequestro preventivo al profitto che l'ente ha tratto dal reato*.

⁴³ Questi i due livelli. Argomentazioni e conclusioni analoghe sono rinvenibili in A. PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., p. 190 e in E. LORENZETTO, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, cit., p. 4281.

prevalente interesse proprio o di terzi - e l'ente non ne ha ricavato vantaggio, o ne ha ricavato un vantaggio minimo - che l'entità della sanzione pecuniaria venga ridotta fino alla metà; dunque, se il reato è ascrivibile ad un puro "egoismo" appropriativo del *manager*, e si è concretizzato un vantaggio minimo o nullo in capo all'ente, la pena pecuniaria - per quanto indefettibile e non suscettibile di pagamento in misura ridotta (art. 10, commi 1 e 4) - può essere, in tale caso, abbattuta. La classica categoria penalistica della tenuità del fatto si affaccia dalla fattispecie di cui all'art. 12, comma 1, lett. *a* (e *b*) pur non ricalcando appieno l'impostazione tradizionale; il sistema contempla la situazione in cui l'ente - imputato per un reato commesso dalla persona fisica - alla luce della insussistenza o della scarsa rilevanza dell'interesse o vantaggio, si vede ridurre la sanzione. L'eccezione esalta il significato della regola generale: l'ente viene sanzionato laddove, *ex art.* 5, consegua un interesse o un vantaggio, per così dire, pieno o, in qualche misura, apprezzabile. E se questo è il caso paradigmatico accolto dall'ordinamento, le conseguenze sanzionatorie non possono che investire solo ed esclusivamente il patrimonio dell'ente.

L'adagio del giudice di legittimità, per il quale il concorso nel reato tra la persona fisica e l'ente legittima l'apprensione coattiva dei beni dell'una o dell'altra, trascura il fatto che, se l'interesse o il vantaggio si sono concretizzati, è la responsabilità della persona giuridica - con il suo patrimonio - a venire in gioco; qualora non risultino individuabili i beni da sequestrare - vuoi perché si sono confusi con altri, vuoi perché sono stati alienati a terzi in buona fede - non risulta corretto aggredire, in via di equivalenza, quelli della persona fisica e procedere al loro sequestro. In altre parole, quando il reato è stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'invocato principio del concorso di persone, *ex art.* 110 c.p., non rileva; l'istituto entrerebbe in gioco solo nella misura in cui concorrono più enti - per esempio, appartenenti ad un gruppo di società - a commettere il reato: nella specifica situazione di coinvolgimento nell'illecito della controllata e della controllante, il principio sussidiario risulterebbe applicabile; *ma tale non è il caso dell'ente e della persona fisica*. Il dato normativo è di conforto, in quanto, lo si ripete, è proprio la fattispecie dei «casi di riduzione della sanzione pecuniaria» (art. 12) a tarare, in maniera duttile, la responsabilità della persona giuridica laddove l'interesse o il vantaggio siano stati minimi; l'istituto, in conclusione, preclude l'interpretazione che, appiattendolo la responsabilità della persona fisica su quella dell'ente, applica il principio solidaristico ad entrambi i soggetti, con la conseguenza che l'incapienza patrimoniale dell'ente apre la strada all'apprensione dei beni della persona fisica. "Rilevante" o "irrilevante" sia stata la locupletazione, essa riguarda - in via esclusiva - la *societas*. Ed i *suo*i beni.

Alquanto diverso il caso in cui, oltre all'interesse o vantaggio in capo all'ente, sia accertato anche un riparto del profitto, derivante dal fatto criminoso, tra l'ente medesimo e la persona fisica. A ciascun soggetto potrà essere sottratta la rispettiva porzione di provento delittuoso utilizzando gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento che, come illustrato, operano su piani distinti. Nei confronti del profitto o del prezzo del reato, incamerati dall'ente, sarà dispiegabile la confisca - sanzione obbligatoria *ex art.* 19 - anticipata, in via cautelare, tramite il sequestro preventivo (nel rispetto delle condizioni illustrate nel paragrafo precedente). Profitto e prodotto del reato, incamerati dalla persona fisica, saranno invece oggetto di confisca facoltativa, ai sensi dell'art. 240 c.p.; laddove si tratti del solo prezzo del reato, l'ablazione sarà invece obbligatoria.

Un altro aspetto, enucleabile dal sistema, conforta l'interpretazione qui suggerita. Al di là del necessario adeguamento alle direttive sovranazionali, una delle ragioni dell'introduzione della normativa del 2001 è stata quella di porre fine al fenomeno della sovraresponsabilizzazione della persona fisica, dipendente dell'azienda, che commetteva un *corporate crime*; si allude alla prassi della "elezione" del capro espiatorio interno, tramite la quale - grazie al principio *societas delinquere non potest* - era il singolo *manager* a farsi carico di tutte le conseguenze di un reato, nonostante quest'ultimo fosse espressivo della politica d'impresa. Il "subir tacendo" dell'imputato (o condannato) veniva, una volta conclusasi la vicenda penale, graziosamente ricompensato dall'organo gestorio - tenuto al riparo da eventuali chiamate in correità - con un incarico dirigenziale presso una società controllata o, comunque, un'azienda del gruppo in posizione defilata. Con il nuovo millennio, l'esigenza di contrastare la criminalità d'impresa, attraverso un innovativo schema di imputazione, imperniato sulla *colpa in organizzazione* e sulla correlativa esimente dei *compliance programs*, scolorisce la responsabilità individuale la quale - grazie al modello di organizzazione ispirato alla legalità - risulta in qualche modo surrogata da quella collettiva: il requisito della elusione fraudolenta dei protocolli organizzativi (art. 6, comma 2, lett. c), una volta dimostrato nel processo penale, porta, da un lato, al proscioglimento dell'ente e, dall'altro, a fare sì riemergere la centralità dell'agire umano ma solo nella peculiare prospettiva del (necessario) impiego di mezzi decettivi, intesi ad aggirare il sistema di controlli di cui l'ente si è dotato⁴⁴.

L'orientamento della Cassazione che qui si critica tende - invece - ad attingere ad un passato, normativo e di prassi giudiziarie, nel quale la persona del *manager* era, comunque, il parafulmine sul quale scaricare gli incerti esiti dell'azione penale; in questo modo, il *dernièr pensée* della Suprema corte finisce tuttavia per annullare la *ratio* ispiratrice della normativa del 2001.

⁴⁴ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2003, p. 41.

MODELLI ORGANIZZATIVI E GESTIONALI

LA BEST PRACTICE DI CONAD NEL SETTORE AGROALIMENTARE. I PROTOCOLLI PER L'ACCREDITAMENTO E IL MONITORAGGIO DEI FORNITORI DEI PRODOTTI A MARCHIO

Dott. Gaetano Aita e Dott. Aureliano Aita, Governance & Compliance

Il settore agroalimentare è esposto ai rischi reato di frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.) vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.) e contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari (art. 517-*quater* c.p.), recentemente attratti nella sfera sanzionatoria del d.lgs. 231/2001.

Il dolo è generico e si richiede pertanto solo la “consapevolezza” da parte dell'agente di (a titolo esemplificativo):

- vendere un bene difforme da quello pattuito per origine, provenienza, qualità e quantità; la diversità *qualitativa* riguarda i casi in cui, pur non essendoci difformità di specie, c'è divergenza su qualifiche essenziali della cosa in relazione alla sua utilizzabilità, pregio o grado di conservazione (art. 515 c.p.);
- vendere un prodotto agroalimentare non genuino come genuino: sono da intendersi non genuine le sostanze contraffatte o alterate, ovvero quelle prodotte con sostanze diverse da quelle di norma utilizzate, o nella loro composizione chimica o nelle loro caratteristiche peculiari di genuinità (art. 516 c.p.);
- detenere per la vendita o vendere un prodotto agroalimentare che rechi denominazioni di origine contraffatte quanto a indicazione geografica o a denominazione di origine dei prodotti (D.O.P. e I.G.P.) e dei vini (D.O.C., D.O.C.G. e I.G.T.), (art. 517-*quater* c.p.),

a nulla rilevando eventuali altri fini perseguiti dal reo¹.

La prova della “consapevolezza” è incerta quando dalla condotta dell'agente emerga un comportamento imprecisabile tra colpa (mancanza di diligenza, imperizia, omissione di un atto dovuto, ecc.) e dolo eventuale (previsione della possibilità del verificarsi dell'evento e accettazione del rischio della sua verifica); in particolare nella grande distribuzione organizzata (GDO d'ora in poi), ove le regole cautelari (selezione, accreditamento e sorveglianza dei fornitori) risultano necessariamente di carattere sistemico (non potendosi prevedere controlli diretti per ciascuna transazione). D'altra parte la catena

¹ Si vedano per approfondimenti, gli articoli: *I nuovi reati presupposto del d.lgs. 231/01: contraffazione, delitti contro l'industria e il commercio, delitti in materia di violazione del diritto d'autore* M. ARENA, *Rivista* 231 4-2009 *La responsabilità amministrativa degli enti con riferimento ai reati contro l'industria e il commercio e in materia di contraffazione* L. RONCAGLIA, *Rivista* 231 4-2010.

distributiva alimentare implica oltre all'intervento decisionale e operativo di una molteplicità di unità interne (commerciale, *marketing*, acquisti, qualità, logistica) del distributore anche quello di un cospicuo numero di soggetti terzi (allevatori, produttori di materie prime e semilavorati, fornitori di prodotti finiti, vettori, depositari), per cui l'identificazione stessa del soggetto giuridico responsabile dell'illecito, per non dire del reo persona fisica, è spesso problematica.

Nondimeno, in considerazione dei danni reputazionali (e conseguentemente commerciali) derivanti già dalla notizia di reato, nella strutturazione del Modello di settore è necessario adottare oltre ad adeguati protocolli di prevenzione anche specifiche cautele concernenti la normativa in materia d'igiene e sicurezza che, oltre ad ampliare considerevolmente i possibili nessi causali tra negligenza (imperizia o omissione di un atto dovuto, ecc.) e reato di frode nell'esercizio del commercio *ex artt.* 515 e 516 c.p., espone (oltre che il produttore) anche il distributore (inconsapevole) a rilevanti danni d'immagine.

Quanto al labile confine tra colpa e dolo è poi quanto mai opportuno considerare che sebbene la c.d. teoria dell'accettazione del rischio² comporti non poche difficoltà probatorie (*“perché il soggetto agisca con dolo eventuale non basta la rappresentanza mentale della concreta possibilità di verificazione dell'evento: è altresì necessario che egli faccia seriamente i conti con questa possibilità e, ciononostante, decida di agire anche a costo di provocare un evento criminoso; questa consapevole accettazione del rischio si approssima, in sede di valutazione penalistica alla vera e propria volizione del fatto”*³), l'onere della prova si inverte in caso di dimostrazione dell'illecito in capo ad un rappresentante della società (anche in caso di impossibile identificazione del reo) e dell'interesse o del vantaggio conseguito, allorché competerà all'Ente dimostrare di *aver fatto seriamente i conti* con tale eventualità e di aver adottato le più adeguate contromisure organizzative⁴.

Il presente articolo, frutto di numerose esperienze professionali⁵ nel settore, intende offrire un contributo in merito alle pratiche di prevenzione e ai *compliance programs* adottati da uno dei *leaders* nazionali della GDO che, a nostro avviso, ha inteso fare seriamente i conti anche con tale ultima eventualità.

Conad Nazionale ha adottato il Modello 231/2001⁶ nel 2007 e lo ha aggiornato nel 2010 riguardo i reati contro l'industria e il commercio, conformemente al Codice di comportamento redatto da ANCD⁷, Associazione Nazionale Cooperative fra Dettaglianti,

² Sulla teoria dell'accettazione del rischio si vedano: *Cass. Pen.*, sez. un., 14 febbraio 1996, n. 3571, Mele; *Cass. Pen.*, sez. un., 12 ottobre 1993, Cassata; *Cass. Pen.*, sez. un. 18 giugno 1983, Basile; Cassazione 5 ottobre 1982; *Cass. pen. mass.* ann. 1983, 1978 e 30 luglio 1981, in *Cass. pen. mass.* ann. 1982, 1535, Cassazione, 15 aprile 1998, in *Cass. pen.* 1999, 3423, Cassazione 23 ottobre 1997, in *Riv. Pen.* 1998, 342, Cassazione, 3 giugno 1993, in *Cass. Pen.* 1994, 3423.

³ FIANDACA - MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, p. 369.

⁴ In tema si veda *Rivista 231*, 4-2010, G. AMATO *Le regole di giudizio nel procedimento a carico dell'Ente escludono i vizi di costituzionalità*.

⁵ L'Autore del presente contributo ha collaborato quale consulente nella definizione delle *Linee guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione e Controllo ex D. Lgs. 231/01* dell'Associazione Nazionale Cooperative tra Dettaglianti, nonché nella strutturazione dei Modelli di Conad Consorzio Nazionale, Conad Commercialisti Indipendenti Associati, Conad del Tirreno, Conad Pac 2000A, Conad Adriatico, Conad Centro Nord e Coop Centro Italia.

⁶ Il Modello è stato predisposto dal Gruppo di Lavoro costituito da: Direttore Amministrazione Finanza e Controllo, Responsabile Qualità e Sviluppo, Responsabile Amministrativo, Responsabile Risorse Umane.

⁷ Linee Guida Conad elaborate da una Commissione Intercooperativa appositamente nominata e costituita da esponenti delle 8 Cooperative aderenti al Consorzio Nazionale Dettaglianti (Commercialisti Indipendenti Associati, Conad Adriatico, Conad Centro Nord, Conad del Tirreno, Conad Sicilia, Nordiconad, PAC 2000 e Siciliconad), del Consorzio Nazionale e di ANCD.

approvato dal Ministero di Giustizia il 18/7/2007 ai sensi dell'art. 6 comma 3 del decreto 231/2001.

1. Cenni sulla regolamentazione e autoregolamentazione del settore agroalimentare e della grande distribuzione organizzata

Il settore dei prodotti alimentari in generale è da anni oggetto di un'intensa azione di ordinamento sull'igiene, sicurezza e denominazione dei prodotti, i cui esiti più evidenti sono una normativa ponderosa⁸, capillare, a volte disorganica e in costante evoluzione.

Parallelamente, a tutela dell'igiene e sicurezza dei prodotti alimentari, sono nate e si sono affermate associazioni internazionali di consumatori, produttori e distributori che hanno stimolato e alimentato lo sviluppo di *standard* e sistemi qualità di elevata specializzazione. Per citare quelli di maggior diffusione:

STANDARD	OGGETTO
ISO 22000:2005	Gestione della sicurezza alimentare lungo la filiera
ISO TS 220002 PART 1	Presidio dei requisiti nel settore della trasformazione
ISO 22005	Gestione del prodotto attraverso la rintracciabilità di filiera e di sito
BRC/IFS	Gestione della produzione destinata alla GDO
GLOBALGAP	Gestione delle buone prassi di lavorazione agricole
FAMI-QS/CODEX ASSALZOO	Gestione delle produzioni di mangimi

IFS (*International Featured Standard*, di cui fanno parte Conad e COOP, è un'organizzazione *no-profit* che si occupa di *standard* di sicurezza alimentare nel settore della GDO.

BRC (*British Retail Consortium*) è un organismo nato in funzione delle esigenze del commercio britannico, riconosciuto a livello mondiale.

GLOBAL GAP è un'associazione privata orientata verso la diffusione di *standard* di Buona Pratica Agricola.

Il Codex Assalzo è stato redatto da un gruppo di lavoro di specialisti che partendo dalla Guida Europea dei Produttori di Alimenti per Animali e da un altro codice europeo diffusamente riconosciuto (FAMI - QS) ha sviluppato un documento specifico per la realtà mangimistica italiana.

Dal canto loro i *leader* internazionali della produzione industriale alimentare (cd. G4: Kraft, Nestlé, Danone e Unilever) svolgono da anni anche un'intensa azione di

⁸ Legge 30 aprile 1962, n. 283 "Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande"; Decreto Presidente della Repubblica 26 marzo 1980, n.327 "Regolamento di esecuzione della legge 30 aprile 1962 n.283, e successive modificazioni, in materia di disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande; Decreto Legislativo 27 gennaio 1992 n. 109 "Attuazione delle direttive 89/395/CEE e 89/396/CEE concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari; Legge 25 gennaio 1994, n.82 "Disciplina delle attività di pulizia di disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione; Decreto Legislativo 5 febbraio 1997 n. 22 " Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio; Decreto 7 luglio 1997, n.274 "Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della legge 25 gennaio 1994 n.82, per la disciplina delle attività di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione"; Decreto Ministeriale 30 agosto 2000 "Indicazioni e modalità applicative del Regolamento (CE) n. 1760/2000 sull'etichettatura obbligatoria e su quella facoltativa delle carni bovine e dei prodotti a base di carni bovine"; Reg. 178/02 del 28 Gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare; Regolamento (CE) della Commissione n. 2073 del 15 novembre 2005, sui criteri microbiologici applicabili ai prodotti alimentari.

supporto per l'autoregolamentazione dell'attività degli allevatori e dei produttori di materie prime, tanto che uno degli *standard* in tema di costruzione degli edifici (*layout* dei locali, forniture di *utility*, smaltimento dei rifiuti, ecc.) creato di loro iniziativa con la CIAA (*Confederation of the Food and Drink Industries of the European Union*) è stato recepito nell'ambito degli ISO (ISO/TS 22002-1: 2009).

Per altri versi sono note le difficoltà di adeguamento degli operatori nazionali minori (piccoli allevatori, produttori di bevande e prodotti tradizionali, piccola industria conserviera, ecc.) e in specie dei produttori del cd. fresco (latticini e prodotti ortofrutticoli), i quali spesso non raggiungono dimensioni tali da consentire una piena compliance agli adeguamenti strutturali organizzativi in tema d'igiene e sicurezza richiesti dalla norma.

In tale scenario, la GDO, interessata tanto ai prodotti alimentari industriali quanto a quelli nazionali e locali tipici, deve perseguire necessariamente strategie di *marketing* complementari: da un lato stipulare accordi commerciali con i grandi produttori internazionali e nazionali, dall'altro curare le condizioni di approvvigionamento dai produttori nazionali minori, valorizzando le qualità tipiche e sviluppando i settori di nicchia della produzione agroalimentare nazionale.

Benché i requisiti minimali per operare sul mercato alimentare siano ormai diffusamente noti e garantiti anche da una discreta fascia di operatori minori:

a) rispetto dei principi fondamentali⁹ in materia di legislazione alimentare

- sicurezza, igiene e qualità degli alimenti,
- tracciabilità dei prodotti,
- completezza e veridicità delle indicazioni riportate in etichetta;

b) un buon rapporto qualità- prezzo

essi non sono però sufficienti per accedere alla GDO, che rappresenta per molti una legittima aspirazione in termini di sbocco di mercato e visibilità.

Alcuni *leader* della GDO sono pervenuti pertanto alla codificazione degli *standard* organizzativi minimali di riferimento per operare con prospettive di crescita e sviluppo nel suo ambito:

- Adeguata ripartizione e qualificazione dei ruoli, mansioni e responsabilità interne
- Proceduralizzazione delle fasi di processo
- Implementazione di sistemi per l'autocontrollo (HACCP) e la qualità (ISO ed affini), nonché utilizzo di buone prassi lavorative (ad es. BRC, IFS, GMP, etc.)
- Utilizzo di Sistemi I.T. per il ritiro di prodotti allertati o non conformi immessi sul mercato e per la tempestiva comunicazione alle autorità competenti
- Utilizzo di Sistemi IT per la gestione del magazzino, degli ordinativi dai fornitori, delle merci in arrivo ed uscita
- Controlli interni a attività di reporting degli esiti relativi
- Adeguata dotazione, qualificazione e formazione del personale
- Dotazione di strutture produttive (macchinari, utensili, locali) e logistiche rispondenti ai requisiti di legge.

⁹ Per l'individuazione di tali principi si rinvia al dettato degli articoli 11-12-17-18-19 del Rg.to CE n.178/2002; art.3-4 -5 del Reg.to CE n.852/2004; in generale al D.lgs.109/1992 per quanto concerne l'etichettatura degli alimenti.

2. Cenni sul “sistema” Conad

Conad nasce nel 1962 dalla volontà di piccoli commercianti di associarsi in forma organizzata al fine di realizzare economie di scala negli approvvigionamenti.

Gli obiettivi della creazione del Consorzio sono all'origine caratterizzati dall'orientamento verso una maggiore espansione sul territorio, dall'eliminazione di ogni forma di intermediazione e dal raggiungimento di vantaggi competitivi nell'area degli approvvigionamenti e della distribuzione.

Verso la metà degli anni settanta il Conad raggiunge una dimensione nazionale e sorge l'esigenza di organizzare meglio il gran numero di soci; si passa così dal socio persona fisica al socio società (Cooperative di distribuzione territoriali) e si adotta una strategia orientata al rafforzamento del marchio finalizzata a maggiore riconoscibilità del sistema e dei prodotti, attraverso la creazione del logo Margherita.

Dal 2000 il processo di crescita arriva a maturazione attraverso alcune alleanze transnazionali necessarie a fronteggiare la globalizzazione del settore distributivo, tra le quali è opportuno menzionare l'accordo concluso con il gruppo E. Leclerc, leader internazionale degli ipermercati, che consente a Conad di consolidare la sua *leadership* nazionale mediante l'accesso a nuovi e più articolati canali commerciali.

La struttura organizzativa del “sistema” Conad è ora basata su tre livelli imprenditoriali distinti ma integrati:

- Il *Consorzio Nazionale*, al quale sono demandate sostanzialmente:
 - l'attività di sviluppo e coordinamento delle strategie di *marketing*
 - l'attività di valorizzazione del marchio realizzata anche attraverso la realizzazione di prodotti a marchio “Conad”
 - l'attività di sviluppo commerciale concernente gli accordi con fornitori di “marca nazionale” e la stipula dei contratti di fornitura per i propri consorziati (Cooperative di distribuzione Conad e distributori di altra matrice).
- Le *Cooperative* di distribuzione interregionali¹⁰, che detengono l'intero capitale del Consorzio e contribuiscono alla definizione delle strategie di *marketing* e allo sviluppo dei prodotti a marchio Conad. In termini operativi:
 - gestiscono per i dettaglianti e per gli Iper di riferimento i contratti con i fornitori di marca nazionale (ordini di acquisto, stoccaggio e distribuzione) attraverso Centri di Distribuzione (CE.DI d'ora in poi) e piattaforme per la lavorazione delle carni
 - svolgono azione di sviluppo commerciale individuando sul territorio i fornitori del cd. fresco e altri generi deperibili e stipulano contratti di fornitura (locali e nazionali) per la rete territoriale di riferimento
- I Soci dettaglianti (oltre 3000) che detengono il capitale della cooperativa interregionale e degli Iper e gestiscono i singoli punti vendita (P.V. d'ora in poi).

L'organizzazione Conad, così come evoluta in un percorso ormai storico, realizza obiettivamente un *mix* di punti di forza:

¹⁰ Commercianti Indipendenti Associati, Conad Adriatico, Conad Centro Nord, Conad del Tirreno, Conad Sicilia, Nordiconad, PAC 2000 e Sicilconad.

1. collegialità delle decisioni strategiche e commerciali cui concorrono competenze e conoscenze merceologiche maturate in tutti i comparti alimentari e su tutto il territorio
 2. ottimizzazione del sistema d'acquisto dei prodotti a marca nazionale attraverso il Consorzio Nazionale
 3. partecipazione al governo dei due livelli di sistema (Consorzio e Cooperative di distribuzione) da parte della rete di vendita che rischia capitale proprio (come vedremo meglio nel paragrafo successivo)
- che ne fanno una realtà di successo oltre i possibili effetti della fisiologica leva del potere d'acquisto e della diffusione territoriale raggiunta.

3. Applicazione dei principi di *governance* in Conad

Di seguito approfondiamo il tema della realtà Conad da due ulteriori punti di vista:

- 1) la *Corporate Governance* (CG d'ora in poi) intesa quale modalità di governo degli azionisti sul *management*
- 2) la *Governance* Organizzativa (GO d'ora in poi) intesa quale sistema di governo aziendale da parte del *management*,
al fine di articolare compiutamente il presente contributo¹¹.

3.1. *Corporate Governance*

La CG di Conad Consorzio, in quanto soggetto nel cui ambito confluiscono le aspettative e si delineano le strategie commerciali e di *marketing* del sistema, deve contemperare una serie di esigenze:

- a) armonizzare gli interessi dei soci cooperatori dettaglianti (principali stakeholder del sistema) di ciascuna area territoriale di riferimento con le deleghe e i poteri di gestione attribuiti alle "sovrastrutture" del Sistema (Cooperativa di distribuzione di riferimento e Conad Consorzio)
- b) salvaguardare, per il tramite di accordi tra le Cooperative di distribuzione, gli interessi territoriali di riferimento dei dettaglianti proprietari delle stesse
- c) garantire l'autonomia decisionale e quindi imprenditoriale ed economica ai tre diversi livelli della catena di distribuzione del sistema. (P.V., Cooperative di distribuzione e Conad Consorzio)

Tali finalità sono state realizzate storicamente attraverso un sistema di rappresentatività, partecipazione e riconoscimento di principi condivisi che sono alla base stessa del sistema i cui tratti essenziali sono:

1. La diretta ed esclusiva partecipazione al governo societario degli *stakeholder* del sistema. Infatti:
 - l'Assemblea è costituita prevalentemente dai soci dettaglianti presenti nella compagine azionaria delle Cooperative di distribuzione
 - il Consiglio di Amministrazione, nel cui ambito è osservato il principio del bilanciamento dei poteri tra Presidente e Amministratore delegato, è costituito

¹¹ Si veda anche sul tema *Governance, adeguatezza e funzionamento organizzativo delle imprese* a cura di G. PAOLONE, G. AITA. Franco Angeli editore, 2008. Capitoli 1 e 2.

- dai Presidenti di ciascuna Cooperativa di distribuzione, a loro volta eletti dai soci dettaglianti della rete di riferimento
- all'Amministratore Delegato o al Direttore Generale sono affidati tutti i poteri esecutivi necessari per la gestione aziendale nel quadro del piano strategico deliberato dal Consiglio
2. La centralità del quadro regolatorio che armonizza i rapporti tra le diverse cooperative di distribuzione, tramite l'Accordo di programma (che regola gli obblighi delle cooperative riguardo alle modalità della gestione della rete e ai suoi requisiti strutturali ed operativi, cd. *format*) e i contratti di mandato con cui si armonizzano le delimitazioni territoriali dell'attività commerciale dei soci di ciascuna cooperativa e vengono regolate le modalità d'uso del marchio.
 3. La regolamentazione dei potenziali conflitti di interesse degli amministratori, per conto proprio o di terzi, in una determinata operazione della società.

3.2. Governance Organizzativa

Per quanto rileva ai fini della tematica gli elementi e i tratti salienti del “Modello Organizzativo” Conad sono riconducibili a:

- a) bilanciamento dei poteri tra Presidente e Amministratore delegato
- b) coordinamento delle Direzioni da parte del Direttore Generale
- c) autonomia manageriale delle Direzioni e Funzioni nell'ambito degli obiettivi assegnati
- d) coordinamento interorganizzativo continuo

Riguardo a questi due ultimi fattori possono sintetizzarsi alcuni elementi specifici rilevanti.

Direzioni e Funzioni

Le Direzioni e le Funzioni che svolgono azioni di indirizzo e coordinamento (e che nel complesso rappresentano in termini di risorse umane la parte più cospicua dell'organizzazione aziendale) sono:

a) Direzione Generale

Svolge il ruolo di attuazione e monitoraggio delle strategie commerciali e, per quanto rileva ai fini del presente contributo, sovrintende alla Direzione Commerciale cui fa capo l'attività indiretta (approvvigionamento di prodotti industriali di consolidata reputazione) e alla Direzione Marca commerciale, cui compete l'attività diretta (ideazione e approvvigionamento di prodotti contraddistinti dall'omonimo marchio commerciale).

b) Direzione Commerciale

Si articola sull'attività commerciale/contrattuale con fornitori di prodotti a diffusione e reputazione nazionale, supportata dalla struttura operativa dei “*Group category manager*” dei diversi settori merceologici, le cui competenze riguardano mercati, normative, prezzi, qualità, caratteristiche merceologiche dei prodotti e configurano una parte cospicua del *know how* e della capacità competitiva del sistema Conad. La Direzione Commerciale fornisce, per l'attività diretta, attività di *back office* relativa alla gestione degli ordini e alla contrattualistica, curando che i processi di acquisto avvengano solo per i fornitori accreditati e secondo gli standard contrattuali omologati, nell'ambito dei quali sono previste adeguate sanzioni in caso di deviazione dai protocolli (linee guida, capitoli, disciplinari) pattuiti con il fornitore.

c) Direzione Marca Commerciale

Missione della Direzione, che si avvale del *know how* e del patrimonio conoscitivo aziendale e di quello specialistico dei “*Group category manager*” è:

- l'ideazione e messa in commercio di prodotti a marchio Conad che presentino un soddisfacente rapporto prezzo/qualità
- la messa in commercio in esclusiva di prodotti con marchio commerciale Conad associato alla ragione sociale del produttore di prodotti già reputati a livello nazionale o internazionale
- il completamento del processo produttivo di alcuni prodotti disponibili solo all'ingrosso, (quali carni bovine) e la loro messa in commercio con marchio Conad

L'attività di individuazione preliminare dei fornitori, che è attivata di concerto con i “*Group category manager*” delle Cooperative Conad associate, configura un processo collegiale di valutazione dei prerequisiti qualitativi ragionevolmente attesi/sperimentati a livello nazionale e si perfeziona attraverso un processo di accreditamento nel quale intervengono fattori e strumenti di valutazione riferiti sia all'affidabilità societaria e imprenditoriale del fornitore sia alla qualità dei prodotti e dei processi.

d) Funzione Sviluppo e Assicurazione Qualità

La Funzione, collocata alle dipendenze dell'Amministratore Delegato ed indipendente dalle Direzioni Commerciali, svolge le attività di accreditamento (con facoltà di veto) e sorveglianza (con facoltà di proposta sanzionatoria) dei fornitori a marchio commerciale Conad. Attività che, per quanto qui rileva, comprendono:

- le verifiche di conformità agli standard comunitari e alle *best practice* di produzione e di prodotto in fase di accreditamento
- le verifiche di conformità di processo e di prodotto in fase di sorveglianza
- le verifiche di gestione delle eccezioni o anomalie nel processo o nel prodotto e comportamenti sanzionabili.

A tutela del sistema qualità la Funzione svolge verifiche e ispezioni presso i centri di distribuzione delle Cooperative e i punti vendita al fine di verificare la conformità alle norme di riferimento e agli *standard* elaborati e condivisi.

Compete inoltre alla funzione predisporre le Linee Guida relative al monitoraggio dei processi e dei prodotti in fase di accreditamento e in fase di sorveglianza.

Al momento dell'introduzione nel Modello 231/01 della Sezione relativa ai reati contro l'industria e il commercio, le Linee Guida adottate erano: 1) Prodotti a Marchio Conad (PAM): Carni avicole stabilimento, Carni avicole allevamento, Carni suine macello, Carni suine allevamento, Food, Ittico, Molluschi, Non Food, Ortofrutta aziende agricole, Ortofrutta magazzini, Uova allevamento galline ovaiole; 2) Linee guida CE.DI. 3) Fornitori: filiera bovina allevamento, filiera bovina macello; 4) Fornitori locali: carni, food, non food, Ortofrutta aziende agricole, Ortofrutta magazzini 5) Standard qualitativi dei centri distributivi e dei punti vendita.

e) Funzione Servizi Logistici

La Funzione ha la responsabilità di monitorare la movimentazione, lo stoccaggio e il trasporto delle merci dai fornitori ai centri di distribuzione (o alle Cooperative) e da questi ai punti vendita al fine di prevenire possibili situazioni (deficienze strutturali, malfunzionamenti, interruzioni della catena del freddo, ecc.) che possano compromettere l'integrità, le caratteristiche intrinseche o la genuinità dei prodotti.

Coordinamento interorganizzativo

Il Coordinamento interorganizzativo e la circolazione delle informazioni tra le diverse Direzioni e Funzioni sono regolamentati dai “Cicli di *business*”. Il ciclo di *business* è uno strumento interorganizzativo, particolarmente adatto alle strutture di carattere orizzontale o a matrice¹², nelle quali le decisioni operative o strategiche nonché le normali attività gestionali e amministrative implicano il coinvolgimento di diverse direzioni e funzioni e unità operative, sia in termini decisionali che attuative. Il sistema dei cicli comprende:

Cicli di business	Cicli di supporto	Amministrazione e Controllo	Compliance	Altri
<i>Marketing</i> Comunicazione Commerciale Attività diretta Attività indiretta Attività internazionale Progetti di sistema	Logistica Qualità e Igiene Investimenti IT	Contrattuale e Legale Finanza Contabilità e Bilancio Personale	Sicurezza sul lavoro Ambiente <i>Privacy</i>	Affari Generali <i>Reporting</i>

e regola compiutamente l'attività di Conad sia per quanto riguarda i processi di core che i processi di supporto.

3.3. Conclusioni

In una prospettiva generale il “Modello Organizzativo” di Conad Consorzio risulta conforme agli *standard* fondamentali del COSO Report¹³ in tema di prevenzione e gestione dei rischi di pratiche illecite. In particolare da questo punto di vista rilevano:

- *l'ambiente di controllo*; è attribuita molta importanza ai sistemi di controllo interno, alla collegialità delle decisioni, alla circolazione delle informazioni, all'assunzione ponderata dei rischi d'impresa e all'attenzione del *management* alla rendicontazione;
- *l'adeguatezza dell'attribuzione dei poteri e delle responsabilità*; le deleghe attribuite a tutti i livelli sono correlate agli obiettivi assegnati e alle funzioni svolte;
- *l'adeguatezza della struttura organizzativa*, in termini di risorse umane, definizione dei ruoli, competenze e attività di supervisione e controllo;

¹² Si veda *La rilevanza dell'organizzazione nella responsabilità amministrativa d'impresa* G. AITA, *Rivista* 231, 2-2007”.

¹³ Si fa riferimento al C.O.S.O. (*Committee of Sponsoring Organizations*) Report, promosso dalla *Treadway Commission* nata negli USA nei primi anni novanta con l'obiettivo di individuare le cause del diffondersi di pratiche illecite nel mondo degli affari ed il modo di contrastarle. Sponsor del progetto sono stati: l'*American Institute of Certified Public Accountants*, l'*Institute of Internal Auditors*, l'*Institute of Management Accountants* ed il *Financial Executive Institute*.

- *l'adeguatezza delle policy* riguardanti le risorse umane, realizzata attraverso l'adozione di politiche e procedure in materia di assunzioni, formazione, promozione e retribuzione, codice di comportamento ed azioni correttive, caratteristiche che consentono di innestare efficacemente i protocolli di prevenzione dei reati ex d.lgs. 231/2001.

4. Sistema qualità dei prodotti a marchio Conad

Come già detto il Consorzio svolge attività di approvvigionamento indiretta e diretta:

- 1) L'attività indiretta si concretizza nello stabilire con fornitori di rilevanza nazionale, prevalentemente per i prodotti di Marca Industriale, le condizioni di acquisto, definendo il quadro degli accordi nell'ambito dei quali la rete Conad effettua autonomamente i propri approvvigionamenti.
- 2) L'attività diretta consiste in:
 - acquisto di semilavorati, successiva lavorazione, confezionamento con marchio Conad (solo settore carni attualmente) e rivendita alle Cooperative associate o ad altri distributori;
 - acquisto di prodotti finiti recanti la ragione sociale del produttore, confezionati dallo stesso con marchio commerciale Conad e rivendita successiva alle Cooperative ovvero ad altri distributori;
 - acquisto di prodotti finiti recanti la ragione sociale del fornitore produttore, confezionati dallo stesso con un marchio commerciale esclusivo per Conad.

Nel più ampio panorama dei prodotti commercializzati da Conad, il presente contributo è riferito al processo di approvvigionamento e distribuzione dei prodotti agroalimentari nell'ambito di quella che viene definita attività diretta.¹⁴

Nell'ambito di tale attività l'illecito amministrativo può verosimilmente essere commesso per:

- dolo intenzionale da uno o più apicali o sottoposti, qualora questi, da soli o d'intesa tra loro e/o con un fornitore, convengano di:
 - vendere un bene difforme da quello pattuito per origine, provenienza, qualità e quantità; (art. 515 c.p.);
 - vendere un prodotto agroalimentare non genuino come genuino (art. 516 c.p.);
 - detenere per la vendita o vendere un prodotto agroalimentare con denominazioni di origine contraffatte quanto a indicazione geografica o a denominazione (art. 517-*quater* c.p.)

allo scopo di realizzare così un vantaggio o un illecito profitto per il Consorzio

- dolo eventuale, qualora gli stessi, nel dubbio della concreta possibilità del verificarsi di una delle fattispecie criminose inerenti un prodotto, decidano di procedere alla vendita (o detenerlo per la vendita ex art. 517 c.p.), ovvero omettano ritirarlo dal commercio.

¹⁴ Per "attività diretta" si intende il processo di realizzazione di Prodotti a Marchio che includono i marchi Conad (Percorso Qualità, Conad Bio, Saponi e Dintorni e Creazioni d'Italia), nonché quelli raggruppati sotto la denominazione Esclusivo, non identificati con marchio Conad, ma prodotti da fornitori di Marca Commerciale (in generale liquori) in esclusiva per questi.

Come vedremo nei paragrafi che seguono, il Sistema qualità Conad è strutturato non solo per prevenire l'eventualità di commissione del reato, ma anche per impedire che colposamente siano posti in vendita o detenuti per la vendita prodotti tali da disattendere le aspettative dei consumatori.

Prima di entrare nel merito delle specifiche attività di prevenzione è necessario soffermarsi brevemente sul complesso di regole di carattere decisionale, interorganizzativo ed operativo che disciplinano l'attività diretta.

In particolare, questa è disciplinata dal Ciclo di business 3 Attività diretta, integrato per quanto riguarda i sottoprocessi relativi a ordini e fatturazioni, dal Ciclo di business 4 Attività Indiretta, dal Ciclo di business 1 Marketing, (per quanto riguarda le ricerche di mercato e la formulazione dei piani di Marketing) e dal Ciclo di business 2 Commerciale per quanto riguarda la contrattualistica con i fornitori.

La regolamentazione afferente il ciclo della cd. attività diretta consta:

- a) di una parte generale introduttiva che individua la categoria dei prodotti in oggetto, i collegamenti interorganizzativi tra direzioni e funzioni, i riferimenti contenuti negli Accordi di programma con le Cooperative di distribuzione, i *report* relativi all'andamento commerciale, i collegamenti con la catena di governo (CdA, Amministratore delegato, Direttore generale e Direzioni).
- b) di una parte speciale suddivisa in procedure operative (attualmente Sviluppo Prodotti a Marchio, Anagrafica prodotti a marchio, Anagrafica fornitore e anagrafica cliente, Gestione ordini delle Cooperative, Amministrazione degli acquisti da fornitori e delle vendite alle Cooperative, Premi e penali e Attività internazionale) che regolamentano in dettaglio gli aspetti commerciali ed amministrativi interni e tra le parti.

In particolare sono individuati i referenti responsabili del coordinamento e dell'attuazione delle principali attività di processo (cd. organigramma funzionale):

- a) per lo sviluppo prodotto:
 - il Direttore Marca Commerciale, che risponde direttamente alla Direzione Generale, le funzioni Qualità e Sviluppo e *Packaging* e i *Brand Managers*, che fanno capo allo stesso Direttore Marca Commerciale;
 - i *Group Category Managers* appartenenti alla Direzione Commerciale, che risponde direttamente alla Direzione Generale;
- b) per gli acquisti e la rivendita:
 - il Direttore Commerciale, che risponde direttamente alla Direzione Generale, e le seguenti Funzioni che ad esso fanno capo:
 - I *Group Category Managers*
 - I servizi commerciali per la Gestioni Ordini
- c) per la fatturazione attiva e passiva e la contabilità di magazzino:
 - la Direzione Amministrazione Finanza e Controllo e la Funzione Contabilità clienti e fornitori.

Il Ciclo è articolato in sottoprocessi e procedure che regolamentano le attività inerenti sia per un ordinato svolgimento delle stesse che per la prevenzione di errori ed irregolarità. Ad esempio:

Oggetto	Contenuti	Gestione dei rischi e dei sub risk
Sviluppo Prodotti a Marchio	Responsabilità del Piano Marketing, scelta del “concept” (idea) di prodotto, individuazione dei potenziali fornitori	Sviluppo e realizzazione o prodotti non conformi ¹⁵ Selezione di fornitori non qualificati o in conflitto di interessi personali
Anagrafica Prodotto a Marchio	Modalità della codifica merceologica conforme alla normativa (EAN) ¹⁶	Immissione in commercio di prodotti con autorizzati ovvero di prodotti con codifica falsa, errata o mendace
Anagrafica fornitore e anagrafica cliente	Modalità di codifica del fornitore e del cliente	Inserimento nel sistema di fornitori, clienti o prodotti non accreditati
Gestione degli ordini dalle Cooperative associate e di quelli concernenti i fornitori	Termini di consegna, quantitativi minimi ordinabili, listino prezzi, ordinativi diretti con o senza transito da deposito del Consorzio	Trasmissione ordini a fornitori non accreditati Distribuzione di prodotti non accreditati
Amministrazione degli acquisti da fornitori e delle vendite alle Cooperative associate	Processi amministrati	Deviazioni dalle procedure Mancato rispetto delle autorizzazioni
Premi e penali	Condizioni di raggiungimento di target commerciali a premio Sanzioni per disservizi e irregolarità	Reiterazione delle irregolarità

Per quanto rileva ai fini del presente contributo, la selezione e la sorveglianza dei fornitori nell'attività diretta sono riconducibili alle seguenti attività:

1. Ideazione e pianificazione dello sviluppo dei prodotti a marchio e individuazione dei potenziali fornitori
2. Verifiche di conformità dei potenziali fornitori alle norme e alle *best practice* di produzione e di prodotto in fase di accreditamento
3. Definizione del capitolato, delle regole di autocontrollo e stipula del contratto
4. Verifiche di conformità di processo e di prodotto in fase di sorveglianza
5. Gestione degli eventi accidentali

così come illustrate succintamente nei paragrafi che seguono.

4.1. Ideazione e pianificazione dello sviluppo dei prodotti a marchio e individuazione dei potenziali fornitori

Nell'intento di assicurare la selezione di fornitori in grado di soddisfare i propri obiettivi commerciali e affermare il proprio marchio, il Consorzio attua un processo inverso rispetto a quello dei fornitori nazionali i cui prodotti già godono di adeguata reputazione e diffusione.

¹⁵ Per brevità d'ora in poi useremo questo termine per riferirci a prodotti che integrino i reati di cui al presente articolo.

¹⁶ Il codice EAN (*European Article Numbering*) è il sistema biunivoco comunitario con cui ogni prodotto è identificato da un solo codice e ad ogni codice corrisponde un solo prodotto.

La selezione infatti è preceduta dal Piano *Marketing* nell'ambito del quale, a seguito delle analisi condotte sul mercato dai cd. *Category manager* viene individuato il *marketing mix* dei possibili prodotti da lanciare con buone possibilità di successo, che, ove approvato dal Comitato di Marca Commerciale si concretizza con la Richiesta Sviluppo Prodotto.

Il Comitato, al quale partecipano anche i *Brand Manager* interessati (Conad Percorso Qualità, Sapori e Dintorni Bio, *Non food*) nonché gli omologhi specialisti della Direzione Commerciale, è costituito dai Responsabili *Marketing*, *Packaging* e Qualità e Sviluppo; esso configura il primo livello autorizzativo di un "concept" (proposta di ideazione del nuovo prodotto o modifica di un prodotto esistente da parte del *Marketing*) che nel garantire competenza e collegialità associa una gestione preliminare del rischio di *compliance* normativa.

Il *concept* approvato dal Comitato viene quindi presentato nelle caratteristiche base del prodotto (qualitative e di *packaging*) dal *Marketing* (*Brand Manager*) e dal Commerciale (*Group Category Manager*) ai *Buyer* e ai *Category Manager* delle Cooperative di distribuzione.

Il *concept* deve poi superare un secondo livello autorizzativo collegiale il quale, in relazione alla competenza ed esperienza dei responsabili delle Cooperative di distribuzione, riduce non solo il rischio di insuccesso commerciale ma anche quello della qualità, origine e provenienza dei prodotti. Solo superate le fasi descritte, si procede all'individuazione dei potenziali fornitori e alla realizzazione/modifica del prodotto.

Nella fase successiva di realizzazione del *concept*, le mission interne sono così assegnate:

- la responsabilità della ricerca e la scelta dei potenziali fornitori e delle condizioni economiche condivise compete alla Direzione Commerciale
- la definizione delle caratteristiche qualitative e organolettiche dei prodotti è attribuita alla Funzione Qualità
- la definizione della creatività di presentazione del prodotto è delegata all'Unità *Packaging*

Conseguentemente si avviano processi distinti di qualifica del fornitore, sviluppo del capitolato di produzione e del *package*, al cui esito la Direzione Commerciale intraprende una prima trattativa negoziale con i potenziali fornitori, mentre la Funzione Qualità e l'Unità *Packaging* esaminano i campioni dei potenziali fornitori individuati. Ai fini della valutazione qualitativa si ricorre a test di mercato orientati tanto al consumatore quanto alla concorrenza dei prodotti alternativi, scelti fra quelli della fascia di prezzo su cui Conad vuole collocarsi o rafforzare la sua posizione.

4.2. Verifiche di conformità dei potenziali fornitori alle norme e alle best practice di produzione e di prodotto in fase di accreditamento

Al fine di valutare l'adeguatezza dei processi e dei prodotti a marchio, il Consorzio, ispirandosi alla normativa comunitaria e ai contributi dei diversi soggetti che hanno realizzato i diversi standard di qualità (cfr § 1) ha adottato le Linee Guida Conad che rappresentano uno strumento "per la predisposizione di un programma di gestione per la qualità per i Fornitori Qualificati" e contengono "le prescrizioni cui è necessario attenersi per la fornitura di prodotti alimentari, nonché per la realizzazione dei prodotti a marchio".

L'adesione ai loro contenuti costituisce quindi una condizione vincolante per l'attivazione di un rapporto di fornitura da parte delle aziende selezionate.

Ad alcune delle condizioni stabilite il Consorzio assegna un valore vincolante assoluto ai fini del perfezionamento del contratto di fornitura, definendole come "*Ko, Fondamentali di base e Necessari*", mentre ad altre, meno vincolanti attribuisce la connotazione di "*Auspiciabili*" quando pur non essendo la loro insussistenza pregiudizievole in fase di accreditamento, influenza il giudizio relativo all'adeguatezza organizzativa dell'impresa.

Nei paragrafi che seguono sono illustrati in sintesi gli *standard* richiesti da Conad per l'accreditamento, le procedure di stipula contrattuale, le verifiche svolte in fase di sorveglianza e le procedure di gestione degli eventi accidentali.

4.2.1. Gli standard di carattere orizzontale

Le Linee Guida, redatte conformemente a Standard Internazionali di Qualità e secondo le direttive della Commissione Nazionale Qualità¹⁷, disciplinano sia i requisiti gestionali, strutturali, di igiene e di sistema HACCP del fornitore che gli *standard* di processo di produzione.

Proceduralizzazione delle fasi di processo Adeguatezza della struttura produttiva Analisi dello standard igienico e delle caratteristiche organolettiche del prodotto Implementazione del sistema di "rintracciabilità" Sistema di pulizia e igiene e smaltimento rifiuti Gestione corpi estranei e degli infestanti	Gestione degli OGM e degli allergeni Gestione delle emergenze Gestione dei prodotti non conformi e azioni correttive Gestione dei prodotti tipici territoriali e da agricoltura biologica Predisposizione e corretta tenuta della documentazione
---	--

come illustrato in sintesi nell'allegato 1.

4.2.2. Gli standard di carattere verticale

E' noto come la coltura, la lavorazione, la conservazione e la commercializzazione di alcuni prodotti alimentari comportino l'osservanza di obblighi e cautele particolari a fronte di criticità fisiologiche intrinseche. In merito riportiamo alcune specificità degli *standard* di accreditamento e sorveglianza relative alle categorie ortofrutta e carni che, nell'ambito dell'attività del Sistema Conad, occupano in termini di volume d'affari una significativa rilevanza.

1. Categoria ortofrutta

I prodotti ortofrutticoli sono prevalentemente distribuiti con i marchi commerciali Conad (Sapori e dintorni, Percorso qualità, Bio e Conad Rosso). I presidi previsti dalle Linee Guida si concentrano in particolare sulla fase di produzione e regolamentano diversi aspetti, dai requisiti delle aree di coltivazione, alla gestione dei concimi e dei fitofarmaci e ai requisiti formativi che il personale addetto deve possedere. In allegato 2 sono illustrati i presidi previsti dalle Linee Guida dei prodotti a marchio della categoria.

¹⁷ Commissione di cui fanno parte i Responsabili Qualità delle Cooperative di distribuzione.

2. Categoria carni

Tra le tipologie di carni fresche commercializzate dal Consorzio, la categoria “bovino” è l’unica attività diretta gestita tramite la controllata Conad Carni. Nell’ambito di tale attività Conad Carni si avvale dei servizi di outsourcing delle attività di trasformazione (disossatura), confezionamento in sottovuoto e etichettatura per conto delle Cooperative associate e per le attività di stoccaggio e trasporto ai CE.DI delle stesse. La merce può essere anche ordinata dalle Cooperative come prodotto non confezionato (mezzene e quarti) per la successiva lavorazione presso i P.V., attuando in tal caso un processo di disossatura, che produce tagli anatomici sottovuoto.

Le carni bovine vendute sottovuoto rientrano nelle categorie dei prodotti a marchio “Conad Percorso Qualità”, che identifica un sistema di filiera finalizzato al monitoraggio dell’intero ciclo del prodotto (dall’allevatore al consumatore).

In allegato 3 sono illustrati i presidi previsti dalle Linee Guida dei prodotti a marchio della categoria carni.

4.3. Definizione del capitolato e delle regole di autocontrollo e stipula del contratto

In caso di esito soddisfacente dei controlli di accreditamento la Funzione Qualità definisce il Capitolato relativo alle caratteristiche organolettiche e al confezionamento di ciascun prodotto a marchio commerciale Conad conformemente alla disciplina di settore e alle best practice comunitarie.

Il Capitolato, allegato al contratto, definisce in particolare:

STANDARD DI PRODOTTO

- 1) Tempo di vita assegnato dal produttore ad ogni singolo prodotto ed eventuali giorni di vita minima residua dei prodotti al momento della consegna presso i punti indicati da Conad;
- 2) modalità di conservazione che il fornitore dovrà adottare fino al momento della consegna presso i punti indicati da Conad;
- 3) modalità di confezionamento dei prodotti sia per la vendita che per il trasporto;
- 4) composizione (ingredienti, materie prime, eventuale presenza di allergeni);
- 5) contenuti dell’etichetta;
- 6) descrizione analitica del prodotto (specifiche chimico-fisiche, nutrizionali, organolettiche ecc.) quale risultato delle analisi effettuate in conformità alla normativa in vigore o, in assenza di previsioni normative, da laboratori di analisi contattati *ad hoc*.

Il rispetto delle disposizioni del capitolato è oggetto di monitoraggio periodico da parte della Funzione Qualità durante l’intero rapporto contrattuale col fornitore.

La Funzione Qualità, con il supporto dell’Unità *Packaging*, definisce altresì gli standard di etichettatura che sono inviati tramite sistemi informatizzati alla funzione preposta del fornitore, il quale provvederà all’applicazione sulle confezioni del prodotto secondo i criteri e le modalità indicati nelle relative Linee Guida¹⁸.

Viene inoltre definito il Piano di Lancio (bozza contratto, capitolato prodotto e capitolato *packaging*, esecutivi) e se ne valuta collegialmente la fattibilità.

¹⁸ “Linee Guida per una corretta etichettatura dei prodotti alimentari preconfezionati, preincartati e venduti sfusi”

Con l'approvazione della Scheda di Lancio da parte del *Team* di Categoria, si redige la versione definitiva del contratto di fornitura, dei capitolati di produzione e del *packaging* che ne costituiscono gli allegati.

CONTENUTI STANDARD DEL CAPITOLATO
<ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Informazioni generali</u> - i dati delle aziende coinvolte con indicazione delle sedi sociali e degli stabilimenti produttivi, nonché la previsione di un laboratorio arbitro per la qualità; 2. <u>Elenco prodotti</u> - i prodotti oggetto della fornitura, per i quali è indicato il codice EAN, la "referenza" (descrizione dettagliata del prodotto) e la denominazione legale 3. <u>Tempi di vita dei prodotti</u> - trattasi dei giorni di vita assegnati dal produttore ad ogni singolo prodotto. Sono indicati eventualmente i giorni di vita minima residua dei prodotti al momento della consegna presso i punti indicati da Conad (cd. <i>shelf life</i>), nonché il metodo di codifica del lotto e il numero di campioni per ciascun lotto di produzione/confezionamento da tenere a disposizione di Conad per il controllo qualità 4. <u>Modalità di conservazione dei prodotti</u> - per ciascuna referenza sono definite le modalità di stoccaggio (temperatura, umidità, ecc.) e di trasporto (automezzo coperto, automezzo frigorifero ad una certa temperatura, ecc.) fino al momento della consegna presso i punti indicati da Conad 5. <u>Modalità di confezionamento dei prodotti</u>: <ul style="list-style-type: none"> • Confezioni per la vendita - tipo, materiale, dimensioni relative all'unità minima di acquisto da parte del consumatore • Confezioni per il trasporto - peso, tipo, materiale e accessori, numero di confezioni per la vendita contenute relative all'unità minima di imballo utilizzata per il trasporto • Caratteristiche dei <i>pallet</i> - tutti i dati relativi alla composizione dei <i>pallet</i> (tipo, numero massimo di strati, numero di confezioni per strato, altezza e peso massimo, tipo e materiale usato per la stabilizzazione) • Informazioni etichetta - contiene l'elenco delle informazioni riportate sulle etichette dei prodotti.

All'esito positivo delle verifiche la Direzione Commerciale può procedere alla contrattazione definitiva e alla stipula del contratto.

4.4. Verifiche di conformità di processo e di prodotto in fase di sorveglianza

I fornitori devono essere assoggettati alle verifiche di sorveglianza annuali finalizzate al monitoraggio del mantenimento nel tempo dei requisiti qualitativi di prodotto e di processo valutati in fase di accreditamento e al rispetto dei criteri di autocontrollo.

A tale scopo la Funzione elabora il Piano di sorveglianza annuale, di concerto con la Funzione Marketing, conformemente agli accordi contrattuali, capitolati e *standard* internazionali e nazionali di riferimento, così come rappresentati nelle Linee Guida.

Il Piano, elaborato sulla base di un'analisi dei rischi dei fornitori, suddivisa sia per processo che per prodotto e approvato dalla Direzione Generale, a titolo esemplificativo, è attuato mediante:

- visite ispettive svolte dalla Funzione Qualità o da terzi presso i fornitori e presso i punti vendita
- analisi di laboratorio gestiti in *outsourcing*
- analisi da parte dei consulenti merceologi
- test di *customer satisfaction* concordate con il *marketing* svolte presso i punti vendita.

Le visite ispettive svolte dalla Funzione Qualità e articolate sulla falsariga di quanto illustrato al paragrafo 4.2, possono essere condotte in relazione ad una pianificazione generale o specifica. Per le verifiche di conformità a norme e regolamenti comunitari, standard di prodotto e di processo anche per le attività di trasformazione (carni), la Funzione può avvalersi di specialisti esterni/ispettori.

All'esito delle ispezioni deve essere redatto il Rapporto di Verifica Ispettiva.

CONTENUTI MINIMI DEL RAPPORTO DI VISITA ISPETTIVA
<ol style="list-style-type: none"> 1. Finalità dell'ispezione (es. valutazione aspetti gestionali, organizzativi, strutturali dell'azienda in conformità alle Linee Guida fornitori Conad) 2. Sito e processo produttivo oggetto dell'ispezione 3. I referenti responsabili dell'Azienda che hanno assistito all'ispezione 4. Il possesso di certificazioni per la gestione della qualità a fronte delle normative volontarie (IFS, BRC UNI ISO 9001:2000) 5. Modalità di svolgimento dell'ispezione (verifiche effettuate, test sulla rintracciabilità dei prodotti ecc.) 6. Punti di forza e carenze riscontrate (minori o critiche, classificate da 1 a 5) superamento delle criticità riscontrate nella verifica precedente.

Il Rapporto deve essere discusso con il fornitore che prenderà visione delle carenze/osservazioni degli ispettori e sarà tenuto a fornire formale riscontro sia all'Ente che ha svolto la verifica sia alla Funzione Qualità. Il fornitore si impegnerà inoltre a compilare la sezione del Rapporto relativa ad "Azioni da intraprendere" e "Data di completamento".

In considerazione della particolare tutela richiesta a livello comunitario, le carni bovine sono sottoposte a ulteriori e specifiche verifiche igienico-sanitarie da parte della Funzione Qualità, di Ispettori esterni incaricati da Conad e di Pubbliche Autorità (ASL e NAS).

Per le verifiche sul sistema di etichettatura e rintracciabilità delle carni¹⁹ è designato da Conad un Organismo indipendente di controllo ed accreditato²⁰, che effettua ispezioni presso i centri di distribuzione delle carni e i punti vendita sul processo di lavorazione e distribuzione, sulla conformità al Disciplinare Etichettatura Carni, sulla completezza dei dati giunti ai centri di distribuzione e al punto vendita per la rintracciabilità stessa. L'Organismo effettua altresì annualmente ispezioni presso l'Organizzazione Conad allo scopo di verificare la corretta applicazione del disciplinare e l'efficacia delle azioni di autocontrollo svolte. In caso di non conformità l'Organismo può decidere di incrementare la frequenza delle attività d'ispezione o eseguire visite aggiuntive per verificare l'adozione delle azioni correttive a fronte delle carenze riscontrate.

All'esito delle ispezioni la funzione procede di concerto con i "*Group category manager*" o di iniziativa in merito alla valutazione delle eccezioni riscontrate e alla predisposizione delle azioni correttive, informando il Direttore Marca Commerciale, cui spetta la decisione in merito alle sanzioni da irrogare a norma di contratto (da quelle pecuniarie al recesso).

¹⁹ conformemente ai Regolamenti CE 1760 e 1825 del 2000 e al D.M. del 30 agosto 2000.

²⁰ Si tratta di SGS Italia, accreditato da Accredia, Sistema Nazionale per l'accreditamento degli Organismi di certificazione e ispezione.

4.5. Gestione degli eventi accidentali

Il Sistema Conad ha adottato un'unica procedura di gestione degli eventi accidentali (d'ora in poi EA) predisposta da Conad Consorzio. In essa gli E.A. sono così classificati:

- a) Livello Alto: E.A. legati alla sicurezza del prodotto con rischio per il consumatore (esempio presenza di batteri patogeni quali la salmonella). In questi casi si provvede all'immediato ritiro dei prodotti
- b) Livello Medio E.A., quando i requisiti normativi non sono soddisfatti ma la sicurezza e salute del consumatore non sono a rischio (esempio non corretta etichettatura in relazione alla composizione del prodotto)
- c) Livello Basso E.A. legati alla qualità del prodotto, quando la salute del consumatore non è a rischio, ma il prodotto non soddisfa gli standard qualitativi definiti o comunque non risulta all'altezza delle aspettative del cliente (consistenza o aspetto non conforme del prodotto)

La segnalazione di un E.A. può derivare da constatazioni interne alla struttura o da P.V., da Responsabile Qualità della Cooperativa di distribuzione, da comunicazioni (verbali, via fax o email) del cliente, da verbali di constatazione degli Organi di Vigilanza (ASL, NAS, MIPAF-servizio repressione frodi, Capitaneria di porto, Vigili Urbani), da comunicazioni del fornitore, da analisi di laboratorio.

L'iter procedurale definito dal Consorzio per la gestione degli eventi accidentali e delle non conformità di prodotto, impegna le diverse articolazioni del sistema Conad (P.V., Cooperative di distribuzione e Conad Consorzio) al compimento di specifici adempimenti: parte prescritti indistintamente per tutti, altri attribuiti in ragione delle circostanze, delle responsabilità attribuite in merito e delle funzioni svolte.

La finalità comune a tutte le fasi del processo è di garantire una tempestiva informazione verso gli organi interni responsabili ai diversi livelli della catena di distribuzione e l'immediata adozione delle misure necessarie conseguenti al livello di pericolo.

In linea generale, le segnalazioni pervenute alle varie articolazioni Conad sono processate singolarmente dalle Funzioni interne delegate dal Consorzio Nazionale (Sviluppo e Assicurazione Qualità, SAQ), dalle Cooperative di distribuzione (Responsabile Assicurazione Qualità, RAQ) coadiuvate dal personale addetto dei P.V. (generalmente il Capo Negozio) le quali sono tenute a verificare:

- la provenienza e il contenuto delle segnalazioni
- la presenza presso le strutture Conad di prodotti o lotti presumibilmente interessati dalle anomalie segnalate.

Contemporaneamente le medesime funzioni provvedono alla raccolta di campioni appartenenti allo stesso lotto di prodotto dell'esemplare segnalato e all'analisi degli stessi, avvalendosi se del caso di consulenti e laboratori specialistici. All'esito dei risultati ottenuti e in conseguenza della classificazione dell'E.A. saranno adottate le misure conseguenti:

- Livello Alto: il prodotto è immediatamente ritirato dai P.V. e dai CE.DI e segregato; vengono sospesi gli ordinativi in corso del fornitore
- Livello Medio: si procede a ulteriori accertamenti
- Livello Basso: l'intervento è limitato a una valutazione tecnica del reclamo alla quale segue se necessario l'invio di una comunicazione riguardo alla natura dell'anomalia riscontrata ai consumatori interessati.

Nell'eventualità che l'istruttoria riveli un coinvolgimento diretto del fornitore, Conad provvederà a comunicare al suddetto quanto emerso riservandosi di:

- esperire o far esperire le verifiche che riterrà necessarie presso il suddetto
- sospendere la fornitura o ridefinirne i termini se del caso.

Qualora ricorra la necessità di richiamare i prodotti e bloccare le vendite, il Consorzio per il tramite la Funzione SAQ diffonde un comunicato alle Cooperative consociate perché queste possano attivarsi in tal senso, e quindi procedere al *ritiro* dei prodotti presenti presso le strutture Conad (P.V e CE.DI) e al richiamo di quelli detenuti dai consumatori, previa l'affissione di un'apposita cartellonistica presso i P.V. recante informazioni utili per il riconoscimento del prodotto allertato. La fase successiva prevede la segregazione degli esemplari di prodotto in aree predisposte alla bisogna (adibite presso i P.V. o i CE.DI) e l'applicazione di un contrassegno identificativo dello stato di non conformità, da parte dal personale addetto del punto vendita, coordinato dal Capo Negozio; solo in seguito alla comunicazione trasmessa dalla Funzione SAQ alle Cooperative consociate, queste provvederanno in conformità al comunicato, alla restituzione dei prodotti richiamati o alternativamente alla loro distruzione delegando, se del caso, lo smaltimento ai soggetti autorizzati. (per maggiori dettagli si veda l'allegato 4).

Per meglio chiarire il ruolo delle singole articolazioni del sistema Conad nel processo in esame, ossia Consorzio Nazionale, Cooperative e Punti vendita, è bene specificare i margini di autonomia a esse attribuiti.

Consorzio Nazionale: posto che le singole Cooperative consociate agiscono in piena autonomia nell'ambito dell'attività di *core business* relativa ai fornitori locali, nel processo relativo ai prodotti a marca Conad tale discrezionalità risulta attenuata: infatti, segnatamente alle attività di i) gestione degli eventi accidentali di particolare gravità ii) recupero dei campioni di prodotto dai consumatori iii) richiamo dei prodotti allertati in possesso dei consumatori, le Cooperative agiscono sulla scorta delle indicazioni impartite dal Consorzio.

Cooperative di distribuzione: coordinano i punti vendita sottoposti alla loro direzione in diverse fasi del processo di gestione degli eventi accidentali; rappresentano il primo referente in caso di segnalazioni pervenute ai P.V.

Punti vendita: assumono tutte le cautele dettate dall'urgenza del caso, provvedendo ove necessario al ritiro dei prodotti dai bancali e alla segregazione della merce. Per tutte le altre operazioni inerenti alle fasi successive della gestione degli E.A. attendono le istruzioni delle Cooperative di riferimento.

Qualora l'evento accidentale sia riconducibile ad una dolosa manipolazione del prodotto da parte di un soggetto non ben identificato (cd. *tampering*) Conad dispone di una specifica procedura messa in atto dal RAQ della cooperativa interessata nei confronti dei punti vendita oggetto della segnalazione, così articolata:

- Il RAQ della cooperativa e/o il Capo Negozio provvedono a denunciare l'accaduto alle Autorità Competenti.
- Il personale addetto al punto vendita procede a verificare tutte le confezioni di prodotto presenti nel reparto interessato e ove la tipologia di tampering appurata non consenta l'individuazione certa di altri esemplari manipolati procedono al ritiro di tutte le confezioni sospette.
- Qualora si riscontri, a seguito dei controlli esperiti, la presenza di altri prodotti manipolati, la situazione di allerta viene estesa a tutti i prodotti "potenzialmente

manipolabili”, ossia alimenti la cui confezione risulti facilmente forabile o comunque tale da consentire tecniche di manipolazione.

- Per tutti i prodotti “potenzialmente manipolabili”, presenti nel punto vendita viene disposta un’attività di vigilanza nei settori di esposizione.

5. Conclusioni

Per quanto sin qui illustrato, al presidio della qualità dei prodotti a marchio Conad concorrono tanto i sistemi di *governance* e organizzazione interna, quanto il *know how* di settore, il processo di ideazione dei prodotti, gli *standard* di accreditamento e sorveglianza dei fornitori e la gestione delle eccezioni; fattori che rappresentano un accumulo di regole e prassi consolidate negli anni, nel cui ambito il Modello di Organizzazione e Controllo *ex art.* 231/2001 si configura quale elemento di sintesi secondo il peculiare quadro normativo di riferimento.

Osservati in questa prospettiva, sia il sistema di *Governance* (cfr 3) che il Sistema qualità (cfr 4) offrono infatti un profilo di *best practice* riconducibile integralmente agli specifici protocolli di cui al d.lgs. 213/2001.

Per quanto riguarda il sistema di *Governance*, è ormai opinione diffusa e condivisa che l’adeguata ripartizione dei poteri, la chiarezza gerarchica, l’attribuzione di deleghe e procure pertinenti alla funzione svolta e commisurate al raggiungimento degli obiettivi aziendali nonché l’adeguata definizione dei cicli di *business* e della collegialità decisionale in essi insita, rappresentino il primo fattore di prevenzione agli abusi di potere e alla commissione di reati.

Per quanto riguarda il Sistema qualità, oltre a quanto evidenziato nel paragrafo 4 in materia di gestione dei rischi di errori o irregolarità, gli elementi specifici di prevenzione riconducibili con immediatezza (formale e sostanziale) nell’ambito dei protocolli di prevenzione richiesti dal decreto, possono così sintetizzarsi:

<i>Processi e strumenti</i>	<i>Soggetti responsabili</i>	<i>Fattori, standard e attività qualificate ai fini della prevenzione dei reati</i>
Definizione dei prodotti e preselezione dei fornitori	Direzione Commerciale, Direzione Marca Commerciale, Funzione Qualità Comitati interni delle funzioni tecniche	Collegialità nella definizione dei prodotti Trasparenza e oggettività dei criteri di selezione Coinvolgimento della catena di distribuzione
Verifiche di accreditamento	Funzione Qualità	Indipendenza e potere di veto della Funzione Qualità Verifica di adeguatezza degli <i>standard</i> di processo Verifica degli <i>standard</i> qualitativi di prodotto Verifica delle denominazioni d’origine

<i>Processi e strumenti</i>	<i>Soggetti responsabili</i>	<i>Fattori, standard e attività qualificate ai fini della prevenzione dei reati</i>
Stipula del contratto e definizione del Capitolato	Direzione Commerciale Funzione Qualità	Standard contrattuali e clausole di rescissione Standard di prodotto Standard di processo Disciplinare di etichettatura
Verifiche di sorveglianza	Funzione Qualità	Monitoraggio periodico, correzione delle deviazioni dagli <i>standard</i> di cui sopra e riporto delle eccezioni all'A.D.
Gestione degli eventi accidentali	Funzione Sviluppo e Assicurazione Qualità	Identificazione e ritiro prodotti non conformi

In considerazione di quanto sopra, nella sezione del Modello 231/2001 di Conad riguardante l'attività diretta dei prodotti a marchio si è attuato un ampio richiamo al Sistema Qualità sin qui descritto, in quanto elemento portante di prevenzione e monitoraggio. Necessariamente alcuni aspetti sono stati integrati con le previsioni specifiche del decreto, definendo più estensivamente le responsabilità interne in materia di autocontrollo e delineando i flussi informativi nei confronti dell'OdV.

ALLEGATO 1

Sintesi delle Linee Guida e procedure Conad per i fornitori di prodotti a marchio

Gli standard di carattere orizzontale (cfr § 4.2.1)

Proceduralizzazione delle fasi di processo

Gli *standard* di qualità IFS (cfr tabella § 1), recepiti nelle Linee Guida Conad stabiliscono che la proceduralizzazione di tutte le fasi in cui si articola il processo produttivo, manipolativo e distributivo l'adeguatezza del personale addetto e la preventiva definizione degli *standard* di prodotto/processo, rappresentano soluzioni irrinunciabili, in quanto funzionali all'attività di gestione dei rischi tipici ed al conseguimento di determinati livelli qualitativi. (cfr Allegato 3, Macellazione punti b) e c).

L'intento delle Linee Guida è appunto quello di disciplinare le pratiche lavorative attraverso la qualificazione dei rischi inerenti al compimento delle stesse.

Adeguatezza della struttura produttiva

Secondo gli *standard* di qualità più accreditati, quelli di processo rivestono a volte un ruolo complementare rispetto alla centralità assunta dalle dotazioni strutturali (intesi come il complesso di macchinari, mezzi di trasporto, utensili, locali di cui si compone la struttura produttiva). Spesso infatti, è la loro adeguatezza che consente di raggiungere un predeterminato livello qualitativo di prodotto e al tempo stesso l'osservanza dei parametri igienici e di sicurezza imposti dalla legge. In quest'ottica le Linee Guida disposte da Conad, qualificano dettagliatamente quelli che vengono definiti come "prerequisiti" strutturali, cioè le caratteristiche alle quali le strutture di un impianto produttivo (muri, porte, soffitti, sistema di illuminazione e areazione, etc.) devono uniformarsi al fine di contribuire al mantenimento di un elevato livello igienico; tali caratteristiche vengono fissate per diversi complementi della struttura produttiva quali: costruzione e disposizione degli edifici, *layout* degli impianti e flussi di lavorazione, aree esterne, sistema di areazione e climatizzazione.

Analisi dello standard igienico e delle caratteristiche organolettiche del prodotto

Il fornitore è sempre tenuto a verificare per i propri prodotti, la rispondenza ai parametri igienici e qualitativi sanciti dalle normative di settore e dagli *standard* Conad, prima dell'immissione in commercio. Su questa direttrice le Linee Guida impongono l'effettuazione di analisi chimiche o (o di altra natura) relativamente a materie prime, semilavorati, prodotti finiti, acqua, aria e superfici. Le Linee Guida prevedono inoltre che frequenza e tipologia dei controlli siano definite in base al rischio attribuito alle diverse categorie merceologiche ed al profilo qualitativo riconosciuto al subfornitore. Qualora dall'attività di audit svolta dalla Funzione Qualità emerga un andamento tendenzialmente insoddisfacente, il fornitore dovrà attivarsi per esperire gli adeguamenti/azioni necessarie ad invertire tale *trend*.

Implementazione del sistema di "rintracciabilità"

Ai sensi dell'art. 18 del Reg.to CE n.178/2002 la definizione di un sistema di tracciabilità dei prodotti, materie prime e semilavorati costituisce un obbligo di

legge previsto nei confronti di tutti gli OSA (operatori del settore alimentare). Il sistema dev'essere strutturato in maniera tale da garantire la tracciabilità dei prodotti e "di qualsiasi altra sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento", per tutti le fasi del processo produttivo. Conad, conformemente a tale disposto normativo, richiede ai propri fornitori l'implementazione di un sistema di rintracciabilità: a) in grado di assicurare l'identificazione dei lotti di prodotti finiti e permetta di metterli in relazione con le relative partite di materie prime e di materiali di confezionamento a diretto contatto con l'alimento, per tutte le fasi del processo produttivo; b) testato a intervalli di tempo definiti, documentato e, ove appropriato, adattato al fine di verificare la tracciabilità in entrambe le direzioni del flusso (dai prodotti consegnati alle materie prime e viceversa), inclusa la verifica delle quantità; c) "che consenta una chiara individuazione dei prodotti presso i diversi luoghi di consegna"²¹

Sistema di pulizia e igiene e smaltimento rifiuti

Il programma di pulizia e igiene deve essere articolato sulla scorta di una preliminare analisi dei rischi, alla quale seguirà l'identificazione de:

- i responsabili i quali a seguito ad un'adeguata formazione saranno gli unici ad aver accesso agli strumenti e materiali necessari per l'espletamento delle proprie mansioni
- i prodotti utilizzati con la predisposizione delle relative schede tecniche
- le aree oggetto di tale procedimento
- la frequenza con cui l'attività di igienizzazione avrà luogo.

La rispondenza a tali prescrizioni, pur essendo imprescindibile, non consente tuttavia di garantire la concreta efficacia del sistema in termini operativi; per ovviare a tale carenza Conad richiede l'esperimento di *test* valutativi documentati sulle misure di igiene e pulizia adottate, oltre all'aggiornamento, qualora il sopraggiungere di cambiamenti organizzativo - strutturali lo richieda.

Per lo *smaltimento dei rifiuti* le Linee Guida prescrivono infine:

- la minimizzazione dell'accumulo nelle aree interessate dal processo produttivo
- l'utilizzo di contenitori a norma e realizzati in modo da facilitarne l'igienizzazione
- la raccolta differenziata
- la conformità alle disposizioni di legge vigenti.

Gestione corpi estranei e infestanti

Ogni fornitore deve predisporre un sistema che consenta di evitare la contaminazione dei prodotti durante le fasi del processo produttivo.

Per il corretto monitoraggio del rischio di contaminazione fisica del prodotto da parte di corpi estranei il Consorzio richiede una preliminare analisi dei pericoli e dei potenziali corpi estranei allo scopo di stabilire quali di essi possano plausibilmente intervenire nell'attività di produzione degli alimenti, individuare le fasi particolarmente esposte a tale rischio e vietare o, dove ciò non sia possibile, limitare l'uso di materiali in vetro (o affini) o legno.

²¹ Il sistema di rintracciabilità qui proposto equivale ad un modello base che le stesse Linee Guida provvedono ad integrare in relazione a specifici adempimenti normativi previsti per le diverse categorie merceologiche.

Restrizioni particolari riguardano anche gli oggetti metallici, per i quali è disposto il divieto dell'uso estemporaneo (cioè occasionale e fuori procedura); in ogni caso il fornitore dovrà predisporre dispositivi atti alla rilevazione di materiali metallici nel prodotto finito (*metal detector*).

Nell'eventualità che abbia luogo un'accidentale ed episodica contaminazione da infestanti (insetti, roditori, ecc.), l'attività di prevenzione di tale fattispecie dovrà assumere una dimensione sistemica attraverso:

- l'individuazione dei potenziali infestanti in relazione all'ambiente circostante il sito produttivo
- la definizione dei responsabili per l'attività di disinfestazione,
- l'utilizzo di personale adeguatamente formato o parimenti la designazione di un'azienda esterna qualificata
- la specificazione dei prodotti utilizzati a tale scopo
- la frequenza degli interventi.

Gestione degli allergeni e degli OGM (organismi geneticamente modificati)

Per una corretta gestione degli allergeni Conad provvede a predisporre periodicamente una lista delle materie prime contenenti allergeni e a diffonderla ai fornitori interessati al fine di indicare in etichetta quelli, presumibilmente o effettivamente presenti nel prodotto in conformità con le disposizioni previste dalle normative di settore²². Nella realizzazione di prodotti contenenti allergeni richiede al fornitore l'adozione delle misure tali da evitare contaminazione crociate con prodotti che non ne contengono.

Quanto ai prodotti contenenti OGM le Linee Guida prescrivono la predisposizione di una dichiarazione di conformità ai requisiti legali previsti dalla normativa comunitaria e nazionale²³ da parte del fornitore.

Gestione delle emergenze

A norma dell'art. 53 del Reg.to CE n.178/2002 il termine "emergenza" sta ad indicare tutte le situazioni in cui *"alimenti o mangimi di origine comunitaria o importati da un paese terzo possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente che non possa essere adeguatamente affrontato mediante misure adottate dallo Stato membro"*. Per garantire un'adeguata collaborazione da parte dei propri fornitori qualificati al verificarsi di tali circostanze, Conad richiede a norma di contratto la designazione di un comitato di crisi, una lista dei contatti da allertare, la definizione delle modalità di ritiro/ricambio dei prodotti allertati, un piano di comunicazione, la diffusione delle informazioni ai consumatori.

Gestione dei prodotti non conformi e azioni correttive

A seguito alla rilevazione di una non conformità concernente il prodotto finito, semilavorato o materia prima, ogni fornitore deve disporre di un iter procedurale

²² In tal senso si fa esplicito riferimento a quanto sancito in merito dal d.lgs. 114/2006 inerente l'indicazione degli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari.

²³ A titolo esemplificativo si richiamano le seguenti fonti normative: Direttiva CEE n. 18/2001; dai Regolamenti CEE n.1829-1830 entrambi in vigore dal 2003.

suddiviso in quattro fasi: a) segregazione; b) valutazione del rischio; c) identificazione del prodotto non conforme; d) decisione in merito alla destinazione del prodotto (rilavorazione, blocco ed eliminazione). Per evitare l'eventualità che si proponessero altre non conformità è inoltre necessaria l'attuazione di azioni correttive opportunamente documentate previa l'individuazione dei responsabili e l'indicazione della tempistica con cui le medesime hanno avuto luogo.

Gestione dei prodotti tipici territoriali e da agricoltura biologica

Le aziende dalle quali Conad si approvvigiona di prodotti contraddistinti da denominazione di origine, indicazione geografica o biologici, devono essere organizzate in maniera tale da poter dimostrare l'ottemperanza dei requisiti previsti dalle norme che ne disciplinano la produzione e lavorazione, attraverso:

- l'implementazione di un sistema che assicuri l'utilizzo delle materie prime richieste dai disciplinari di produzione, attraverso un'attività d'identificazione e rintracciabilità e la predisposizione delle certificazioni di prodotto
- la specificazione dei requisiti previsti dai capitolati per le materie prime all'interno dei documenti di acquisto delle medesime
- l'applicazione di un sistema di rintracciabilità mirato per tali produzioni, comprensivo di un registro di carico-scarico dei prodotti atto a giustificare la quantità prodotta con quella acquistata di materie prime certificate
- la valutazione della capacità da parte dei *sub*-fornitori di assicurare la provenienza delle materie prime certificate
- l'ottenimento della certificazione per i siti e gli impianti produttivi e l'esperimento dei controlli previsti dalla normativa
- l'attuazione di controlli periodici sulle materie prime approvvigionate.

Predisposizione e corretta tenuta della documentazione

Tale requisito è un rinvio più meno esplicito al principio del sistema di qualità HACCP, il quale stabilisce di "predisporre documenti e registrazioni adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa alimentare..." ed al contempo trova riscontro nelle specifiche disposizioni normative²⁴. In particolare Conad richiede che la documentazione risponda ai requisiti di chiarezza, completezza, veridicità e facile fruibilità ripartendo l'ambito di applicazione fondamentalmente in tre macro aree: una di matrice tecnica che ricomprende la registrazione delle specifiche relative agli input produttivi (prodotti finiti, semilavorati, materie prime ed impianti); una pertinente l'aspetto amministrativo-contrattuale (ordini di prodotti evasi, contratti), ed in ultimo l'area afferente la documentazione del Sistema Qualità, all'interno della quale vengono ricomprese le stesse Linee Guida. Per la tenuta delle registrazioni il minimo viene fissato ad un anno oltre la shelf life, salvo diversamente disposto da specifiche norme di legge.

²⁴ A titolo esemplificativo si richiama quanto disposto dall'art. 18 del Reg.to CE n. 178/2002 relativamente al sistema di rintracciabilità.

ALLEGATO 2

Sintesi delle Linee Guida e procedure Conad per i fornitori di prodotti a marchio

Gli standard di carattere verticale (cfr § 4.2.2) *Genere ortofrutta*

Produzione

Le Linee Guida predisposte dalla Funzione Qualità e Sviluppo (“Ortofrutta aziende agricole” e “Ortofrutta magazzini”) disciplinano puntualmente:

- coltura: percentuali di residui ammissibili di prodotti fitosanitari su prodotto finito, requisiti delle aree di coltivazione (condizioni ambientali dell’area, presidi contro la contaminazione dei prodotti), modalità di utilizzo e *standard* degli infestanti utilizzati, controllo Ogm
- gestione dei prodotti fitosanitari e dei concimi: obbligo di “patentino” per il personale addetto all’utilizzo di fitofarmaci, predisposizione dei dispositivi di protezione individuale necessari, modalità di deposito e conservazione dei prodotti fitosanitari, uso di concimi minerali e organici.
- produzione integrata e difesa delle colture: gestione delle risorse (tecniche di coltivazione, provenienza dell’acqua di irrigazione e sistemi di irrigazione); predisposizione di un piano di concimazione con conseguente registrazione dell’attività su supporto cartaceo e indicazione degli strumenti utilizzati; strategie di produzione integrata (sistemi atti a ridurre l’utilizzo di fitosanitari, registrazione dell’utilizzo di fitofarmaci); contenuti essenziali del “Quaderno di campagna”; modalità di manutenzione dei macchinari utilizzati per la fertilizzazione.

Le Linee Guida disciplinano inoltre le modalità di raccolta e confezionamento e in particolare contengono:

- a) analisi dei rischi e indicazioni della raccolta (il produttore deve avere conoscenza del momento ideale per la raccolta in modo da ottenere un prodotto che abbia le caratteristiche richieste)
- b) obbligo di formazione del personale addetto
- c) procedure per l’utilizzo e pulizia degli strumenti di raccolta
- d) specificazione delle tecniche di raccolta per la salvaguardia della qualità del prodotto
- e) specificazione dei materiali e modalità per l’imballaggio primario
- f) indicazioni dei requisiti per l’acqua di lavaggio dei prodotti
- g) predisposizione di certificati/dichiarazioni di conformità per i materiali e gli impianti utilizzati

Trasformazione/manipolazione

I processi di trasformazione/manipolazione dei prodotti dell’ortofrutta (lavaggio, confezionamento) vengono svolti dal fornitore secondo le disposizioni delle Linee Guida e sono sottoposti ai seguenti controlli:

- a) Verifiche di conformità agli *standard* comunitari e alle *best practice* di produzione e di prodotto in fase di accreditamento
- b) Verifiche di conformità di processo e di prodotto in fase di sorveglianza
- c) Riporto di eccezioni e anomalie e applicazione di sanzioni

Etichettatura

L'etichettatura dei prodotti a marchio Conad viene svolta in parte dal fornitore secondo le indicazioni della Funzione Qualità e Sviluppo ed in parte dal punto vendita secondo le indicazioni contenute nelle "Linee Guida per una corretta etichettatura dei prodotti alimentari preconfezionati, preincartati e venduti sfusi" per quanto riguarda:

- a) denominazione (es. mele)
- b) varietà (es. Golden)
- c) categoria (es. cat. Extra, cat. 1a, se richiesto da norme di settore)
- d) calibro (es. per le mele 70/80, 80/90)
- e) origine (luogo di produzione)
- f) trattamenti di superficie

Trasporto

Il trasporto dell'ortofrutta avviene direttamente dai depositi dei fornitori ai CEDI delle Cooperative, alle quali compete di verificare lo stato di conservazione del prodotto e, ove necessario, il mantenimento della catena del freddo. I presidi in atto per l'attività di trasporto dei prodotti ortofrutticoli sono:

- a) istruttoria in fase di accreditamento per le aziende di trasporto
- b) ispezioni visive dei mezzi di trasporto
- c) attività di monitoraggio degli automezzi di trasporto a carattere periodico e ricorrente previa esecuzione di ispezioni mirate atte a valutare il mantenimento degli standard contrattuali pattuiti, relativi all'igiene e all'idoneità strutturale necessaria per garantire la preservazione dei prodotti
- d) verifica dei tracciati delle temperature registrati dai rilevatori presenti nei mezzi di trasporto prima che abbia luogo lo scarico delle merci

Stoccaggio

L'attività di stoccaggio è svolta dai CEDI delle Cooperative, pertanto il controllo sulla conservazione dei prodotti non compete a Conad, il quale è comunque tenuto in fase di accreditamento alle consuete attività ispettive e di monitoraggio.

ALLEGATO 3

Sintesi delle Linee Guida e procedure Conad per i fornitori di prodotti a marchio

Gli standard di carattere verticale (cfr 4.2.2)

Genere Carni

Produzione

Le Linee Guida Conad riguardano 1) l'attività di allevamento 2) l'attività di macellazione di bovini.

Le Linee Guida per l'allevamento disciplinano:

- a) *Strutture del fabbricato e reparti produttivi*: ad esempio possibilità di separazione dei capi ammalati o di nuova introduzione da quelli preesistenti), illuminazione (divieto di illuminazione artificiale), aria condizionata e ventilazione,
- b) *Impianti e manutenzione* (specifiche per caratteristiche e mantenimento della profilassi abbeveratoi, mangiatoie, stalle)
- c) *Sanificazione e igiene* (specifiche per igienizzazione lettiere)
- d) *Controllo del trasporto* (standard strutturali per mezzi adibiti al trasporto bovini atti a garantire il benessere dell'animale)
- e) *Sistema di rintracciabilità* materie prime mangimi e capi di bestiame
- f) *Movimentazione bestiame* (divieto di utilizzo pungoli acuminati o elettrici)
- g) *Profilassi e cura dei bovini* (modalità di somministrazione di integratori e; registrazione prescrizioni veterinarie)
- h) *Alimentazione* (divieto di utilizzo proteine animali - ad eccezione del latte- e OGM)
- i) *Piano dei controlli* (controllo idoneità zootecnica dell'acqua, controllo mangimi/urine/sangue).

Le Linee Guida per la macellazione disciplinano:

- a) *Standard sull'ambiente e sullo stabilimento* (ad esempio: bollo CEE e autorizzazioni per l'attività di macellazione, predisposizione di un sistema di abbattimento/mantenimento della temperatura, procedure per l'allontanamento dei residui di lavorazione, allestimento di aree specifiche per la segregazione di animali sospetti e non idonei alla macellazione, pulizia e sterilizzazione delle attrezzature utilizzate)
- b) *Controllo del prodotto e del processo* (ad esempio: *test* di conformità alle normative vigenti per la temperatura di abbattimento *post* macellazione e mantenimento della catena del freddo durante la lavorazione e il trasporto, obbligo di conservazione in celle distinte per "carni esposte" e carni confezionate)
- c) *Controllo di processo*: comprende i) pianificazione del processo produttivo (il fornitore provvederà alla formalizzazione di procedure e/o istruzioni di lavoro nelle quali dovranno essere chiaramente riportati tutti i riferimenti tecnici ed operativi necessari ad assicurare la corretta esecuzione delle attività, nel rispetto dei requisiti prestabiliti) ii) piano di controlli in macello/sezionamento che dovrà prevedere analisi microbiologiche e analisi per la verifica di residui nelle carni.

Etichettatura

Il processo di etichettatura dei prodotti per la vendita deve garantire:

- a) la presenza sul prodotto di tutte le informazioni obbligatorie e di quelle facoltative prescelte

b) la rintracciabilità delle informazioni di cui sopra

Le modalità di attuazione del “Sistema di rintracciabilità ed autocontrollo” sono contenute nel “*Disciplinare di etichettatura carni bovine*”, il quale specifica le procedure per:

i. la gestione delle carni presso i CEDI:

- arrivo merce (mezzene, tagli anatomici in osso o sottovuoto)
- lavorazione in osso e sottovuoto
- smistamento delle carni (mezzene, tagli anatomici in osso o sottovuoto)

ii. trasporto carni a punti vendita

iii. gestione carni presso punti vendita.

Le attività di cui al punto iii. sono effettuate a cura e con l'assunzione di responsabilità del Punto Vendita; alcune informazioni sono facoltative per legge ma obbligatorie per Conad solo per le carni contraddistinte dal marchio “Conad Percorso qualità” (razza/tipo genetico, età dell'animale, categoria di appartenenza dell'animale).

Trasporto

La merce viene inviata alle Cooperative attraverso due canali distinti:

- per le mezzene direttamente dal fornitore (macellatore) alla Cooperativa (o ai CEDI di riferimento),
- per le carni disossate o sottovuoto, attraverso la piattaforma del Consorzio adibita allo stoccaggio, dalla quale vengono successivamente inviate alle singole cooperative (o ai CEDI di riferimento).

Il vettore è soggetto ad accreditamento e sorveglianza secondo le relative linee guida (igiene e garanzia della catena del freddo) a cura della Funzione Logistica.

Stoccaggio

Lo stoccaggio delle carni bovine è affidato ad un *outsourcer* soggetto ad accreditamento e sorveglianza a cura della Funzione Logistica e Qualità.

Per l'adeguatezza del processo di stoccaggio si richiamano i protocolli contenuti nelle Linee Guida nonché le disposizioni contrattuali in atto relative alle modalità di prestazione dei servizi di ricezione merce e preparazione delle consegne ed agli obblighi di custodia, conservazione, stoccaggio delle merci, rispetto delle condizioni di tracciabilità durante l'espletamento dei processi di deposito e movimentazione merci.

Compete alla Funzione Qualità aggiornare costantemente le linee guida, definire gli *standard* di etichettatura con il supporto della Funzione *Packaging* e verificarne la corrente applicazione da parte di fornitori e punti vendita, mentre compete alla Funzione Servizi Logistici monitorare il processo di movimentazione e stoccaggio, nonché il monitoraggio degli adempimenti contrattuali dell'*outsourcer*.

ALLEGATO 4

Gestione degli eventi accidentali (cfr §4.5)

Ricevimento delle segnalazioni e valutazione del livello di pericolo

La segnalazione ricevuta dall'Ufficio Comunicazioni (COM) deve essere tempestivamente inoltrata alla Funzione Sviluppo e Assicurazione Qualità che provvede di concerto con le Direzioni e Funzioni interessate ad accertare in via preliminare la fondatezza del reclamo, le probabili cause del “difetto” e il livello di pericolo:

- a) In caso di Livello Alto si provvede tempestivamente di concerto con il fornitore alla comunicazione del rischio del prodotto all'Autorità Pubblica Sanitaria di competenza (e se del caso ai Media) e di concerto con le Cooperative di distribuzione al ritiro dei prodotti dai P.V., alla segregazione delle scorte nei Centri Distribuzione (CE.DI) di ciascuna Cooperativa, alla sospensione degli invii alla Cooperative e alla sospensione degli ordini al fornitore.
- b) In caso di Livello Medio si procede alla valutazione della presenza di eventuali altre analoghe segnalazioni nella rete di vendita e all'esame di altri campioni del prodotto nell'ambito della rete e dei CE.DI
- c) In caso di Livello basso si valuta l'oggetto del reclamo, le probabili cause del difetto e le conseguenze deducibili.

Analisi della segnalazione

COM o SAQ (secondo la competenza di cui al punto precedente) verificano se i dati disponibili relativi alla segnalazione ai fini della sua corretta gestione sono tutti presenti. In particolare sono necessari:

- a) mittente della segnalazione e referente
- b) definizione puntuale del “difetto”
- c) definizione puntuale della referenza “difettosa”
- d) nome del fornitore
- e) codici lotto/scadenza
- f) generalità di eventuali consumatori coinvolti
- g) disponibilità del prodotto e/o di eventuali contro campioni analoghi.

Verifica del prodotto oggetto della segnalazione

E' di fondamentale importanza riuscire a verificare il/i campione/i oggetto della segnalazione, soprattutto se questo ha coinvolto uno o più consumatori. In pratica si possono presentare i seguenti casi:

- a) se il campione è in possesso di un consumatore eventualmente coinvolto, è necessario provvedere, ove possibile, al suo recupero;
- b) se il campione è in possesso del PV o della Cooperativa, è responsabilità di questi curarne la conservazione ed è compito di SAQ provvedere al suo recupero.
- c) Nel caso sia impossibile rintracciare il campione contestato, e qualora ciò costituisca interesse di COM e/o SAQ, è compito di SAQ provvedere al recupero di eventuali contro campioni disponibili presso il fornitore.

Verifica del fornitore del prodotto oggetto della segnalazione

In caso di segnalazioni che coinvolgono i Prodotti a Marchio, qualora ritenuto opportuno, SAQ predispose la verifica dello stabilimento di produzione del Fornitore, per verificare in particolare:

- a) le possibili cause che hanno generato la non conformità
- b) la situazione attuale
- c) il piano di azioni correttive necessario, sia da parte del Fornitore, sia da parte di Conad.

In caso di segnalazioni di livello alto (Emergenze), quest'attività è da ritenersi sempre necessaria e può rendersi opportuno anche l'intervento del RAQ della Cooperativa di riferimento. In tal caso inoltre, ove la situazione lo richieda, la verifica ispettiva deve essere condotta entro 12 - 18 ore dal verificarsi della segnalazione o comunque entro il giorno successivo allo stesso. A titolo di esempio si citano alcuni casi nei quali questa situazione è da ritenersi certamente opportuna:

- a) segnalazione di consegna di merce infestata presso i CE.DI delle Cooperative (in questo caso la verifica deve essere estesa anche ad altri CE.DI interessati);
- b) segnalazione di emergenza igienico sanitaria riguardante lo stabilimento specifico del fornitore o un prodotto di qui proveniente.

Successivamente alla chiusura della segnalazione (livello alto), SAQ valuterà se sottoporre il fornitore a un ciclo di verifiche ispettive straordinarie, che tengano sotto controllo lo stabilimento per un periodo variabile da tre a sei mesi, in funzione della problematica verificatasi.

Analisi del prodotto oggetto della segnalazione (eventuale)

Ove ritenuto necessario SAQ disporrà per l'effettuazione di verifiche analitiche presso un laboratorio esterno relativamente alla non conformità del prodotto contestato. La tipologia di verifica da eseguire dovrà essere valutata in funzione del tipo di segnalazione ricevuta (analisi chimiche, microbiologiche, organolettiche, ecc.).

Richiesta al fornitore della tracciabilità dei lotti

Se la segnalazione non riguarda a priori la totalità di un determinato prodotto, al fine di predisporre per tempo l'eventuale ritiro del/i lotti oggetto di segnalazione, SAQ invia una comunicazione al Fornitore relativamente alla tracciabilità di detti lotti, ovvero una richiesta che consenta di conoscere su quali CE.DI siano stati inviati i lotti in questione.

Normalmente il ritiro dalla vendita è effettuato tenendo conto del lotto oggetto della segnalazione. Tuttavia è fatta espressa riserva relativamente alla possibilità di ritirare tutti i lotti in vendita in base ai seguenti casi:

- a) *principio di precauzione*: gli elementi a disposizione fanno dubitare sull'effettiva circoscrivibilità dell'evento al singolo lotto
- b) *eccessiva onerosità* legata alla ricerca del solo lotto interessato

Ove possibile, saranno allertate le singole Cooperative interessate dalla consegna della merce oggetto della segnalazione. Tuttavia in alcuni casi potrà essere ritenuto più conveniente allertare tutte le Cooperative ai fini del ritiro.

Eventuale comunicazione alla Cooperativa di blocco/reso del prodotto

Qualora lo reputi necessario, a seguito dell'analisi della segnalazione, SAQ invia alle Cooperative interessate una comunicazione formale di blocco delle vendite e/o di ritiro dai P.V. relativa al/i prodotti oggetto della segnalazione.

In tale comunicazione si specifica che i prodotti potranno essere resi al Fornitore, fatta salva la necessità di provvedere alla loro distruzione in loco.

Di tale comunicazione è informato anche il Fornitore in modo da scongiurare rischi sui successivi lotti forniti a CONAD.

Se necessario SAQ potrà inviare il campione contestato (o parte di esso) al fornitore affinché possa verificare direttamente l'attendibilità della contestazione.

Richiamo dei prodotti

Alla ricezione di un avviso di necessità di richiamare un prodotto dai Consumatori che l'avessero acquistato, RAQ, in accordo con la Direzione Generale e COM, comunica alle Cooperative di distribuzione di procedere secondo le modalità predefinite (ritiro, segregazione, annuncio alla clientela, ecc.).

In particolare l'annuncio ai consumatori deve contenere almeno:

- a) un titolo chiaro del tipo "importante - avviso per i consumatori"
- b) informazioni per l'identificazione del prodotto (nome del prodotto, numero di lotto, data scadenza, codice a barre, immagine del prodotto ove possibile, ecc.)
- c) una chiara descrizione del problema presentato dal prodotto
- d) informazioni sui pericoli reali o potenziali
- e) chiare istruzioni sulle operazioni da eseguire
- f) un sito web a cui richiedere ulteriori informazioni (eventuale)
- g) se necessario, le scuse per qualsiasi inconveniente

Qualora si tratti di un'iniziativa di Conad (cioè la richiesta di richiamo non provenga da Fornitore o da Organo di Vigilanza), dovrà esserne data opportuna comunicazione agli Organi di Vigilanza.

Gestione dei rapporti con le Autorità

Ai sensi del Regolamento 178/2002, la responsabilità della comunicazione di rischio prodotto all'Autorità Pubblica Sanitaria è di competenza del Fornitore. Il Responsabile Conad per la gestione dei rapporti con l'Autorità preposta a controllo è SAQ.

Chiusura della segnalazione

COM e/o SAQ archiviano le informazioni relative alle segnalazioni gestite presso il proprio archivio e rendono disponibili tali pratiche per eventuali successive gestioni.

Una segnalazione si considera chiusa quando:

- a) Livello Alto - Emergenza: un'emergenza si considera terminata quando tutto il prodotto che ha generato l'emergenza è stato restituito al Fornitore o distrutto, non rappresentando più fonte di contestazione con l'Autorità e/o pericolo per la salute del consumatore. Inoltre dal punto di vista comunicazionale, l'emergenza si considera terminata qualora siano trascorse almeno tre settimane di silenzio stampa sull'argomento.
- b) Livello Basso - Reclamo: un reclamo si considera chiuso quando è stata fornita la pertinente risposta al consumatore e/o al soggetto coinvolto.

GRUPPI, ATTIVITA' E RAPPORTI INFRAGRUPPO NEL SISTEMA 231

Dott.ssa Patrizia Ghini, dottore commercialista, revisore ufficiale dei conti, pubblicista
Studio Ghini Patrizia, Milano

1. Premessa

Nel testo dello schema di DDL di modifica del d.lgs. 231/2001 predisposto dall'AREL e presentato durante un Convegno che si è tenuto a Roma il 7 luglio 2010, tra le modifiche previste al decreto 231/2001 ce n'è una, all'art. 1, comma 2, che tende a dare rilievo al fenomeno dei gruppi. L'intenzione e il senso di tale modifica è far sì che *“[...] i modelli di cui alla lett. a) del comma 1, devono:*

a) dar conto dell'effettiva organizzazione dell'ente in rapporto all'estensione dei poteri delegati e all'eventuale esistenza di un'attività di direzione e coordinamento, nonché far risultare i criteri utilizzati in sede di progettazione e di definizione dei contenuti del Modello”.

Condividendo l'importanza di tale proposta, il presente articolo cerca di evidenziare le peculiarità nell'adozione e nell'attuazione del Modello connesse alla presenza o all'appartenenza ad un gruppo di imprese o gruppo aziendale, vale a dire all'insieme di imprese direttamente collegate tra loro sul piano finanziario ed organizzativo. Indipendentemente dal recepimento di questa proposta, la pratica aziendale e professionale dimostrano che la presenza di un gruppo e l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento rappresentano due variabili molto significative. Come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto, *“la realtà economica del nostro Paese è caratterizzata da realtà imprenditoriali assai diversificate, in cui convivono piccole e medie imprese accanto a mega-gruppi industriali e multinazionali”.* E' essenziale comprendere il contesto di riferimento e valutare l'influenza dell'appartenenza ad un gruppo sulle attività decisionali, negoziali ed esecutive per costruire idonei protocolli di prevenzione di alcuni reati che potrebbero proprio concretizzarsi anche attraverso la creazione di società controllate a cascata, gruppi di grandi dimensioni (*holding/subholding/operative*) che separano proprietà e controllo, realizzando una sostituzione del potere del *management* con quello del controllore ultimo.

2. Il fenomeno e la definizione di “gruppo”

Un gruppo aziendale è comunemente definito come un insieme di unità tra loro autonome dal punto di vista giuridico, assoggettate ad un unico soggetto economico.

Un “soggetto economico” è una persona o gruppo di persone che esercita un potere volitivo e rappresenta il centro decisionale della gestione, prendendo decisioni strategiche, determinando gli obiettivi generali e le attività per realizzarli, nell’ambito delle scelte più adatte per adeguare i mezzi limitati al soddisfacimento dei bisogni della collettività. E’ anche il soggetto nel cui prevalente interesse viene svolta l’attività economica.

In dottrina vengono distinte tre figure di soggetto economico:

Figura	Caratteristiche	Funzione
Soggetto economico definito come <i>proprietario o shareholders</i>	Può essere l’azionista o il capitalista puro, che nell’impresa rappresenta colui che apporta capitale, mentre tutti gli altri sono terzi	Assunzione del rischio patrimoniale di breve termine necessario al concreto operare dell’azienda
Soggetto economico definito come <i>gruppo di controllo o comando</i>	Coloro che gestiscono l’azienda, si occupano dell’organizzazione dei fattori, apportano idee e concetti, ma non apportano capitali, ossia i <i>manager</i> . Separazione tra proprietà e controllo. La coordinazione è vista come elemento importante per la sopravvivenza dell’impresa	Coordinamento delle attività e processi economici, o meglio la funzione imprenditoriale
Soggetto economico definito come <i>portatore di interessi istituzionali o costuents</i>	Tutti gli attori coinvolti profondamente nell’impresa. Ci sono due modi di vedere il portatore di interessi istituzionali: i) prestatore di lavoro e capitale ii) tutti coloro interessati dell’attività, negli scambi con l’impresa (<i>stakeholders</i>)	Trasformazione economica dove si ha una compartecipazione di tutti i fattori e condizioni produttive ai processi di produzione del valore (tutti i fattori sono importanti) e l’assunzione del rischio nel lungo termine di tutti i soggetti portatori di fattori produttivi

Il nostro legislatore non fornisce una definizione organica di gruppo aziendale, bensì sviluppa l’argomento trattando il tema del controllo, definendo quindi cosa si intende per società “controllante”, ovvero:

- società che detengono in un’altra società la maggioranza dei voti dell’assemblea ordinaria;

- società che dispongono di voti sufficienti per esercitare l'influenza dominante sempre in assemblea ordinaria;
- società che controllano un'altra società per vincoli contrattuali.

Sempre attingendo dalla dottrina, si distinguono diverse classificazioni dei gruppi societari, le quali a loro volta contengono diverse tipologie di gruppi.

Quelle più comuni sono le seguenti:

Gruppo Finanziario	Tipologia di gruppo nel quale i rapporti sviluppati tra le consociate e la h sono di carattere meramente finanziario
Gruppo Economico	Gruppo nel quale i rapporti tra le diverse unità sono di tipo economico-tecnico
Gruppo Pubblico	Gruppo caratterizzato dall'esercizio dell'attività di controllo, gestione e pianificazione da parte di un soggetto pubblico (Stato o Ente Pubblico)
Gruppo Privato	Gruppo caratterizzato dall'esercizio dell'attività di controllo, gestione e pianificazione da parte di un soggetto di diritto privato
Gruppo ad azionariato diffuso	Gruppo nel quale il capitale della <i>Holding</i> è caratterizzato da un numero elevato di azionisti, i quali detengono una percentuale irrisoria. In questo modo essi non possono esercitare il controllo. Tipico il caso delle <i>Public company</i>

Nella pratica societaria, il gruppo di società può dirsi un'aggregazione di imprese formalmente e giuridicamente autonome ed indipendenti l'una dall'altra ma assoggettate ad una medesima direzione economica. Da un punto di vista economico-sostanziale, il gruppo:

- appare come un'unica impresa cui però corrispondono, sotto il profilo giuridico formale, tante imprese quante sono le società appartenenti al perimetro di gruppo;
- rappresenta un'unità economica complessa formata da più realtà economiche giuridicamente indipendenti (vale a dire con distinta personalità giuridica) ma sottoposte a una "*direzione unitaria*", per l'esistenza di un unico interesse generale che trascende dagli specifici interessi della singola società, elemento del gruppo.

In pratica, si ha un unico soggetto cui fanno capo gli interessi economici istituzionali ed un soggetto economico (la società controllante) che esercita *potere di controllo e di indirizzo* sulle singole unità giuridiche appartenenti al gruppo.

Alla base della costituzione di un gruppo ci sono in genere scelte di convenienza economica volte a raggiungere un beneficio immediato o futuro, direttamente o indirettamente misurabile. Può trattarsi di:

- economie di scopo, di transazione, di scala;
- controllo/riduzione della concorrenza;
- diversificazione del rischio;
- ricerca di benefici finanziari e/o fiscali.

In dottrina la materia dei gruppi è stata vista abitualmente come irta di ostacoli. Le differenti opinioni evidenziano l'assenza di una linea definita di generale accettazione.

3. Il fenomeno e la definizione di “*holding*”

Spesso si fa confusione tra il termine gruppo e *holding*. Una “*holding company*”, più semplicemente *holding*, altrimenti detta “società madre”, rappresenta una società finanziaria che detiene quote di partecipazione in altre società in misura tale da poterne controllare la gestione.

Una determinata azienda a struttura divisionale ovvero con divisioni al proprio interno per *output* prodotto, può espandersi sino al punto di dover creare delle aziende tra loro separate per ciascun *output* prodotto. A questo punto viene creata una *holding* che controlla tutte le altre società (giuridicamente autonome) attraverso la maggioranza azionaria.

Il vantaggio conseguibile attraverso la creazione di una *holding* è il frazionamento del rischio tra le imprese e la possibilità di attuare finanziamenti elevatissimi attraverso partecipazioni a cascata.

Esistono diverse tipologie di *holding* individuate dalla dottrina. Quelle più comuni sono di seguito rappresentate in forma tabellare.

Tipologia	Caratteristiche
<i>Holding</i> finanziaria o <i>holding</i> pura	Detiene partecipazioni in società che hanno autorità strategica, autonomia giuridica e appartengono a settori diversi
<i>Holding</i> gestoria	Gestisce società che hanno <i>business</i> con interdipendenze strategiche, quindi si tende sempre a ricercare sinergie tra i <i>business</i>
<i>Holding</i> mista o <i>holding</i> operativa	Quando oltre a controllare l'amministrazione delle società controllate si dedica direttamente alla produzione
<i>Holding</i> Capogruppo o <i>parent company</i>	Una <i>holding</i> che detiene una quantità di azioni o quote societarie di una società tali da controllarne l'amministrazione
<i>Holding</i> di famiglia	Molto diffusa in Italia, è una <i>holding</i> controllata da componenti di un'unica famiglia spesso attraverso società in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata

4. La direzione e il coordinamento nel gruppo di imprese

La legge 3 ottobre 2001, n. 300, contenente la delega per la riforma societaria, ha ordinato “la riforma in materia di gruppi”: ciò risulta con estrema chiarezza dall’art. 10 (rubricato “Gruppi”) e dallo sviluppo dato all’articolo citato attraverso un ventaglio formato da cinque punti, contrassegnati dalle lettere da a) a d) ed aventi, ciascuno, un contenuto consistente.

Nell’attuazione della delega, come si riscontra attraverso gli artt. 2497 ss. c.c., è stata posta in essere una normativa concernente la direzione ed il coordinamento, funzioni che largamente si rinvencono nella prassi societaria, come funzioni esercitate, di norma, da società poste al vertice nei confronti delle società sottostanti.

Confrontando il testo dei principi e criteri direttivi (delega) con l’insieme delle norme che compongono il Capo IX del Titolo V, all’interno del codice civile, insieme introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, emerge che:

- da un lato, il comma 1 (unico) dell’art. 10 della legge-delega dispone di:
 - a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l’attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l’interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;
 - b) prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell’interesse del gruppo siano motivate;
 - c) prevedere forme di pubblicità dell’appartenenza al gruppo;
 - d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell’ingresso e dell’uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l’obbligo di offerta pubblica di acquisto;
- dall’altro lato, si ha nel Capo IX un insieme di sette articoli che si diffondono nella regolamentazione del sistema di “direzione e coordinamento di società”.

In sede di attuazione della delega, quindi, si è ravvisata l’opportunità di non dare, nell’ambito del codice civile, una qualunque nozione di gruppo o di controllo, a sostegno ed integrazione degli artt. 2359 ss. c.c.. Con la riforma societaria, optando per la locuzione “direzione e coordinamento”, si è invece inteso richiamare le funzioni caratteristiche di quei soggetti che, posti al vertice di un aggregato di società, vengono comunemente denominati Capogruppo oppure *holding*. Distaccandosi, per l’osservanza dei principi e criteri direttivi, dal modello della CEE, con la disciplina di cui all’art. 2497-*bis* il legislatore si è limitato ad introdurre una serie di misure volte ad assicurare la “visibilità” del gruppo.

Non priva di rilievo è la previsione di una (ulteriore) ipotesi di responsabilità a carico degli amministratori per i danni arrecati ai soci o a terzi per la mancata indicazione (o per l’abusivo mantenimento in caso di cessazione) della soggezione della società all’altrui attività di direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza o per la mancata iscrizione di tali pregnanti relazioni nell’apposita sezione del registro delle imprese.

Come evidenziato nella relazione che accompagna il decreto di riforma societaria, la prescrizione dell’obbligo di motivazione delle decisioni adottate dalle società soggette ad attività di direzione e coordinamento nelle ipotesi in cui le medesime decisioni siano state influenzate da tale circostanza garantisce un giudizio pieno sulla correttezza dell’operazione intrapresa. In altri termini, detto obbligo “*può consentire*

di valutare se l'apparente diseconomicità di un atto, isolatamente considerato, trova giustificazione nel quadro generale dei costi e benefici derivanti dall'integrazione di un gruppo oppure no".

Considerato che l'entrata e l'uscita dal gruppo mutano le condizioni di esercizio dell'impresa per la possibilità che l'attività di direzione e coordinamento della Capogruppo operi scelte che alterino sensibilmente le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, si è ritenuto opportuno attribuire ai soci un diritto di recesso. In particolare, sono previste tre distinte ipotesi a tutela dell'interesse del socio a non vedersi modificato il proprio profilo di rischio per effetto della partecipazione alla società soggetta ad attività di direzione e coordinamento.

Il rinvio all'art. 2467 c.c. per la disciplina dei finanziamenti a favore della società Capogruppo deve intendersi nel senso che il loro rimborso è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori della Capogruppo.

Di particolare rilievo è la presunzione relativa, posta all'art. 2497-sexies. In base a tale disposizione, infatti, si presume che le società o gli enti tenuti al consolidamento dei bilanci di altre società o che, comunque, controllano altre società *ex art.* 2359 c.c., esercitino attività di direzione e coordinamento.

L'impianto normativo in tema di direzione e coordinamento ha il merito di introdurre nella nostra legislazione degli strumenti di tutela, organicamente raccolti nel Capo IX, per chi, soci di minoranza e creditori, ha stretti rapporti con la società ma non può influire direttamente sulla sua gestione. Peraltro, la disciplina dettata in materia non esaurisce le fattispecie e le problematiche che nella pratica possono verificarsi e, per la costante vaghezza nei termini, esiste il rischio che l'auspicata tutela degli interessi esterni possa trovare numerosi ostacoli sulla propria strada.

Di recente il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, recante "Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE" ha introdotto, all'art. 1, una definizione di "gruppo" ma la stessa è parziale, essendo meramente correlata alla disciplina che riguarda il bilancio consolidato ("l'insieme delle società incluse nel consolidamento ai sensi del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127"). Regole particolari sono fissate per il "revisore del gruppo", vale a dire per il revisore legale o la società di revisione legale incaricati della revisione legale dei conti consolidati;

L'art. 10, comma 10, d.lgs. 39/2010 impone di correlare il corrispettivo per l'incarico di revisione legale in modo da garantire la qualità e l'affidabilità dei lavori e a tale fine i soggetti incaricati della revisione legale determinano le risorse professionali e le ore da impiegare nell'incarico avendo riguardo anche *"ai profili di rischio connessi al processo di consolidamento dei dati relativi alle società del gruppo"*.

5. La direzione e il coordinamento nel gruppo bancario e assicurativo

Come scritto, nella legislazione italiana manca una disciplina organica e una nozione tipologica del fenomeno osservato; tuttavia nel tempo sono intervenute disposizioni riguardanti i gruppi societari.

Relativamente al settore finanziario ed a quello assicurativo, rispettivamente il TUB ed il Codice sulle assicurazioni danno un'immagine del gruppo bancario ed assicurativo; come emerge dagli articoli che si riportano nella sottostante tabella e dal contesto in cui sono inseriti, appare evidente che si punta all'esercizio della vigilanza e alla regolare formazione del consolidamento, immancabile componente dell'attività di gruppo.

Le tipologie di vigilanza sono tre e precisamente:

- vigilanza informativa;
- vigilanza regolamentare;
- vigilanza ispettiva.

In entrambi i contesti normativi citati, la Capogruppo è vista come coadiutrice della Banca d'Italia da un lato, dell'Isvap dall'altro, ai fini della corretta applicazione delle istruzioni impartite ai fini della vigilanza.

<p>Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385)</p>	<p>TITOLO III VIGILANZA Capo II Capo II Vigilanza su base consolidata Art. 59 Definizioni <i>Sezione I</i> Gruppo bancario Art. 60 Composizione Art. 61 Capogruppo Art. 62 Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza Art. 63 Partecipazioni Art. 64 Albo</p>
<p>Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209)</p>	<p>TITOLO VII - ASSETTI PROPRIETARI E GRUPPO ASSICURATIVO Capo IV Gruppo assicurativo Art. 82 Gruppo assicurativo Art. 83 Impresa Capogruppo Art. 84 Impresa di partecipazione Capogruppo Art. 85 Albo delle imprese Capogruppo Art. 86 Poteri di indagine Art. 87 Disposizioni di carattere generale o particolare Capo III Vigilanza sulle operazioni infragruppo Art. 215 Operazioni infragruppo rilevanti Art. 216 Comunicazione delle operazioni rilevanti</p>

In realtà, l'analisi del contenuto delle disposizioni riportate in tabella convince che la vera finalità delle disposizioni dettate per il "gruppo" non risiede soltanto nei sottoannotati obiettivi:

- a) verifica del rispetto di discipline legislative/regolamentari;
- b) stabilità del gruppo;

bensì anche alla responsabilizzazione della “holding”, relativamente ai danni derivati ai soci di minoranza ed ai creditori in dipendenza di comportamenti della società sottostante in linea con le istruzioni della stessa “holding”.

6. La direzione e il coordinamento ed il gruppo nel sistema 231

Come per le disposizioni di diritto commerciale, anche quelle contenute nel d.lgs. 231/2001 sono orientate alla disciplina delle società singolarmente considerate, isolate dal contesto di gruppo.

Le Linee Guida emanate da Confindustria dedicano una moderata attenzione alle peculiarità relative alle imprese facenti parte di un Gruppo. Il paragrafo 4.4., rubricato *“L’Organismo di Vigilanza nei gruppi di imprese”*, in effetti rimarca che *“un cenno meritano anche le complesse problematiche che il d.lgs. 231/2001 può presentare nell’ambito dei gruppi di imprese”*. E accende i riflettori su alcune peculiarità affermando testualmente che:

- i gruppi di imprese sono spesso caratterizzati dalla tendenza a centralizzare presso la Capogruppo alcune funzioni (acquisti, gestione amministrativo-contabile, finanza, ecc.) allo scopo di conseguire sinergie nonché disporre di leve gestionali dirette per orientare il gruppo verso le politiche e le strategie decise dal Vertice della holding;
- anche le funzioni di controllo, ed in particolare quella di *Internal Auditing*, non sfuggono a questa tendenza, sì che - soprattutto nei gruppi con controllate non quotate o di medio-piccole dimensioni - si riscontra spesso l’istituzione di una funzione di revisione interna presso la Capogruppo che esplica, pertanto, le proprie attività sia all’interno della medesima, sia presso le controllate dove la funzione è assente o con organici ridotti;
- un assetto organizzativo di questo tipo, o assetti analoghi, sono volti al raggiungimento di due principali obiettivi: realizzare economie in termini di risorse assegnate e creare un’unica struttura che assicuri un migliore livello qualitativo delle sue prestazioni grazie alle maggiori possibilità di specializzazione, aggiornamento e formazione. Il tutto, ovviamente, deve avvenire salvaguardando l’autonomia e le responsabilità dei Vertici delle singole società controllate, i quali devono poter disporre di questa leva gestionale per essere garantiti del buon funzionamento dei rispettivi sistemi di controllo interno.

Fatte queste premesse, vengono date precise direttive in merito alla composizione dell’Organismo e ad alcune situazioni particolari trattate nei seguenti sottoparagrafi.

6.1. Vincoli nella costituzione dell’OdV

“Nelle fattispecie di cui sopra soluzioni organizzative di questo genere possono conservare la loro validità anche con riferimento alle esigenze poste dal Modello delineato dal d.lgs. 231/2001, purché siano rispettate le seguenti condizioni:

- a) *in ogni società controllata deve essere istituito l’Organismo di Vigilanza ex art. 6, comma 1, lett. b), con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità,*

fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'art. 6, comma 4, d.lgs. 231/2001;

- b) l'Organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello, delle risorse allocate presso l'analogo Organismo della Capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa;*
- c) i dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, nell'effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'Organismo di Vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno."*

6.2. Deroghe per i gruppi con controllate quotate e per i gruppi di grandi dimensioni

La soluzione organizzativa sopra proposta potrebbe risultare inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il TUF già prevede l'esistenza del *preposto ai controlli interni*) o di grandi dimensioni; ciò a causa della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il Modello previsto dal d.lgs. 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia.

L'ingente mole di controlli da svolgere continuamente su tutta l'organizzazione e le frequenti necessità di adeguamento del Modello in occasione di ristrutturazioni interne, inducono a ritenere indispensabile l'istituzione, nelle società controllate di questo tipo, di un Organismo di Vigilanza dotato di risorse adeguate, fatta sempre salva la possibilità di "commissionare" verifiche sul funzionamento del Modello a forte contenuto specialistico a figure professionali esterne, siano esse appartenenti a società di consulenza o all'omologo Organismo della Capogruppo. Nel concreto, comunque, le soluzioni al problema del migliore assetto organizzativo delle funzioni di controllo e, quindi, dell'Organismo *ex* d.lgs. 231/2001 nell'ambito dei gruppi, possono essere le più diverse e rimesse, nei limiti delle disposizioni normative esistenti, alla specificità del gruppo.

6.3. Le problematiche relative ai gruppi con Capogruppo di diritto straniero

Un cenno specifico è dedicato ai gruppi di imprese in cui la Capogruppo sia una società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualifichino ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del d.lgs. 231/2001: negli stessi, peraltro, le affiliate possono a volte essere esse stesse Capogruppo in Italia (in quanto, ad esempio, per settori di *business* diversi, siano previsti gruppi societari anche a livello nazionale).

Tali gruppi di imprese multinazionali presenti ed operanti sul territorio italiano - specie se di matrice statunitense - sono già da tempo tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera. In questo caso, occorre precisare che, laddove il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche

e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal d.lgs. 231/2001, esso può ritenersi valido. Tuttavia sarebbe azzardato ritenere che, laddove il bilancio sia certificato, il Modello possa essere ridotto ai minimi termini: infatti, reati della specie in esame possono verificarsi anche in società (o Gruppi) assoggettati a revisione e certificazione del bilancio. In questi casi, pure se emergessero responsabilità a carico del revisore, il Giudice potrebbe far scattare anche le sanzioni *ex* d.lgs. 231/2001, una volta accertato che il “Modello” non era adeguato o non era rispettato.

6.4. Reati societari e gruppi di imprese

I riferimenti e le considerazioni riguardo al “bilancio” o alle “comunicazioni sociali” devono considerarsi estesi al “bilancio consolidato di gruppo” ed alle altre comunicazioni sociali previste dalla legge a carico di taluni gruppi societari. Tuttavia, una lettura attenta delle disposizioni degli artt. 2621-2622 c.c. ha dato spazio a considerare penalmente rilevante la falsa esposizione di fatti materiali se contenuta nel bilancio, nelle relazioni o in comunicazioni sociali “previste dalla legge”, mentre l’omissione informativa avrebbe rilevanza solo per quelle notizie la cui comunicazione è “imposta per legge”. A questo “distinguo” si accompagnano interpretazioni, discussioni e critiche che giungono a conclusioni a volte giuridicamente paradossali e che comunque non possono essere evidentemente analizzate in questa sede. Si ritiene a questo proposito, anche tenuto conto delle finalità del presente documento, di raccomandare il rispetto dei principi di veridicità e correttezza e di vigilare sul medesimo rispetto riguardo qualunque documento giuridicamente rilevante nel quale si evidenzino elementi economici, patrimoniali e finanziari dell’azienda ancorché relativi al gruppo al quale la stessa appartiene o alle sue partecipazioni.

Considerata la complessità di tale documento, in aggiunta alle misure descritte in linea generale, è raccomandata l’emanazione di specifiche norme e procedure rivolte alle società del gruppo e, all’interno della Capogruppo, riguardanti:

- a) le dichiarazioni di veridicità e correttezza dei rispettivi bilanci;
- b) la conformità degli stessi ai principi di redazione dei bilanci di gruppo;
- c) le tecniche da utilizzare per l’elaborazione di questo documento (ad esempio, riconciliazione dei saldi ed elisione delle partite intergruppo, determinazione del patrimonio netto di gruppo, ecc.).

6.5. Attività aziendali a rischio con riferimento ai reati associativi

Le attività aziendali da prendere in considerazione ai fini della prevenzione di tali reati possono suddividersi in due macrocategorie:

- 1) *attività infragruppo*, intendendosi per tali le attività poste in essere nell’ambito dei rapporti intercorrenti fra società appartenenti allo stesso gruppo ma aventi sede in Stati diversi;
- 2) *attività con soggetti terzi*, intendendosi per tali le attività relative ai rapporti instaurati tra società aventi sedi in Italia e soggetti terzi stranieri o con sede all’estero. In tale ambito, si segnala in particolare il rischio controparte, che trova ragione di esistere ogni qual volta si instauri un rapporto di natura commerciale e/o finanziaria con soggetti cd. “a rischio”.

Per “*controparti a rischio*” devono intendersi quei soggetti indicati nelle cd. Liste collegate al contrasto finanziario al terrorismo internazionale. Le liste ufficiali sono quelle curate dall’Ufficio Italiano Cambi. Tale compito è stato affidato all’UIC dal d.l. n. 369 del 12 ottobre 2001, convertito in legge n. 431 del 14 dicembre 2001.

L’attività di contrasto al terrorismo sul piano finanziario prevede l’obbligo, di istituire specifici protocolli e presidi (colonna di destra) specifici relativamente alle attività a rischio indicate nella colonna di sinistra.

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi (protocolli) e principali attività dell’Organismo di Vigilanza
<ul style="list-style-type: none"> • Contratti infragruppo di acquisto e/o di vendita • Gestione dei flussi finanziari • Investimenti infragruppo • Designazione dei membri degli organi sociali in società estere da parte della Capogruppo 	<ul style="list-style-type: none"> • Adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo <i>ex</i> d.lgs. 231/2001 da parte delle società estere del Gruppo • Applicazione dei controlli preventivi specifici (protocolli) previsti anche in riferimento ai reati nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, ai reati societari e ai reati di <i>market abuse</i> • Verifica preventiva dell’inesistenza di vincoli di parentela o affinità tra gli esponenti della società nominati negli organi sociali di controllate estere e gli esponenti della Pubblica Amministrazione locale e/o fornitori, clienti o terzi contraenti della società medesima

6.6. Attività aziendali a rischio con riferimento ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

Anche in relazione a questo comparto, le attività aziendali da prendere in considerazione ai fini della prevenzione di tali reati possono essere suddivise in due macrocategorie:

- 1) attività con soggetti terzi, intendendosi per tali le attività relative ai rapporti instaurati tra società e soggetti terzi;
- 2) attività infragruppo, poste in essere nell’ambito dei rapporti intercorrenti fra società appartenenti allo stesso gruppo.

Le operazioni infragruppo, l’utilizzo di schermi societari e/o strutture fiduciarie sono indici di operazioni sospette a fini di antiriciclaggio sono stati peraltro già utilizzati ed evidenziati dalla magistratura in indagini su reati di natura finanziaria.

Nella tabella che segue si riportano le attività a rischio e i correlati controlli preventivi (in corsivo quelli riferiti a imprese facenti parte di un gruppo).

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi (protocolli) e principali attività dell'organismo di vigilanza
<p>Attività aziendali a rischio in relazione a:</p> <p>1) rapporti con soggetti terzi</p> <ul style="list-style-type: none"> • contratti di acquisto e/o di vendita con controparti • transazioni finanziarie con controparti • investimenti con controparti • sponsorizzazioni <p>2) rapporti infragruppo</p> <ul style="list-style-type: none"> • contratti infragruppo di acquisto e/o di vendita • gestione dei flussi finanziari • investimenti infragruppo 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Controlli formali e sostanziali dei flussi finanziari aziendali, con riferimento ai pagamenti verso terzi e ai pagamenti/operazioni infragruppo. Tali controlli devono tener conto della sede legale della società controparte (ad esempio, paradisi fiscali, Paesi a rischio terrorismo, ecc.), degli Istituti di credito utilizzati (sede legale delle banche coinvolte nelle operazioni e Istituti che non hanno insediamenti fisici in alcun Paese) e di eventuali schermi societari e strutture fiduciarie utilizzate per transazioni o operazioni straordinarie</i>

7. I risultati dell'indagine sull'adozione del Modello nei gruppi societari

Spunti interessanti provengono dalla *survey* in materia di responsabilità da reato degli enti condotta da Roberto Di Mario e Giovanni Battisti resa pubblica nel novembre 2010 con il titolo "Modalità di attuazione dei Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001 nelle società italiane".

L'ultima parte del questionario è stata dedicata a un esame sull'adozione del Modello all'interno del gruppo. Il 52% delle società che hanno risposto (17 società di cui 8 quotate) prevedono l'adozione del Modello per tutte le controllate italiane. Di queste:

- 7 società, di cui 5 quotate, prevedono l'estensione a tutte le controllate senza distinzione di nazionalità;
- in 6 casi, di cui 3 quotate, l'adozione del Modello viene richiesta solo alle principali controllate italiane;
- 3 società, tutte quotate, richiedono l'adozione del Modello alle principali controllate senza distinzione di nazionalità.

E' espressamente previsto che i soggetti del gruppo promuovano l'adozione di Modelli nelle società partecipate e nei consorzi nel 22% delle società che hanno risposto (6 società su 8 sono quotate).

33 società hanno risposto sulla composizione dell'OdV delle controllate:

- in 12 è collegiale con componenti diversi dal quelli dell'OdV della Capogruppo (4 sono quotate);
- in 9 è pluripersonale con qualche componente dell'OdV della Capogruppo (6 quotate);
- in 7 è lo stesso della Capogruppo (4 quotate);

- in 4 è monocratico (3 quotate);
- in uno è monocratico ed è un componente dell'OdV della Capogruppo (quotata).

All'ultima domanda, sulla rilevanza nel Modello dei contratti di *service* infragruppo hanno risposto 27 società. Di queste 16 (8 quotate) hanno evidenziato nel Modello, nel caso di attività della controllata gestite in *outsourcing* dalla controllante, la rilevanza dei contratti di *service* infragruppo.

7.1. La sezione del questionario, le aree di indagine e le relative risultanze

8. Gruppo

1) Nell'ambito del gruppo è prevista l'adozione del Modello:

(15) *Non risponde*

(7) Per tutte le controllate italiane ed estere

(17) Solo controllate italiane

(3) Solo principali controllate italiane ed estere

(6) Solo principali controllate italiane

(0) Società non operative

(0) Società in liquidazione

2) E' espressamente previsto che i soggetti del gruppo promuovano l'adozione di Modelli nelle società partecipate e nei consorzi?

(13) *Non risponde*

(8) Sì

(28) No

3) L'OdV delle controllate:

(15) *Non risponde*

(7) E' lo stesso della Capogruppo

(1) E' monocratico ed è un componente dell'OdV della Capogruppo

(4) E' monocratico

(9) E' pluripersonale con qualche componente dell'OdV della Capogruppo

(12) E' collegiale con componenti diversi da quelli dell'OdV della Capogruppo

4) Nel caso di attività della controllata gestite in *outsourcing* dalla controllante, viene evidenziato nel Modello la rilevanza dei contratti di *service* infragruppo?

(21) *Non risponde*

(16) Sì

(11) No

8. I contenuti particolari del Modello nelle imprese appartenenti a gruppi societari

Sulla base delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, è essenziale che il Modello Organizzativo preveda, tenendo conto del contesto di gruppo, specifiche misure di:

- *pianificazione*, volta a preparare l'organizzazione al futuro, cercando di anticiparlo e predisponendo il conseguente piano d'azione;
- *organizzazione*, volta a predisporre le risorse, comprese quelle umane, dell'organizzazione;
- *guida*, volta ad assicurare il funzionamento delle azioni e dei processi dell'organizzazione;
- *coordinamento*, volto ad assicurare l'allineamento e l'armonizzazione degli apporti delle varie componenti dell'organizzazione;
- *controllo*, volto ad assicurare che le attività e i processi dell'organizzazione si svolgano in accordo con le regole e gli obiettivi stabiliti.

Relativamente ai servizi resi infragruppo, la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001 permane anche laddove lo stesso abbia proceduto ad esternalizzare talune attività che sono da ritenersi sensibili; sulla base di tale assunto anche le attività esternalizzate rappresentano aree foriere di rischio.

Posto che l'attività di mappatura delle attività sensibili a rischio di reato ai sensi del d.lgs. 231/2001 si pone il duplice obiettivo di censire le attività a rischio di reati *ex* d.lgs. 231/2001 e di validare i presidi di controllo (quali procedure, regolamenti, *policies*, protocolli, ecc.) in vigore ovvero di identificarne di nuovi, da un punto di vista metodologico, le attività che si qualificano come servizio reso infragruppo sono da ricomprendere nell'ambito delle mappatura del soggetto erogante dove:

- sono da censire anche le attività a rischio svolte per le società del Gruppo: è da analizzare il perimetro del servizio reso, da compilare con indicazione del soggetto beneficiario del servizio;
- vanno identificati i presidi di controllo interni adottati dal soggetto erogante, anche a beneficio dei soggetti beneficiari del servizio.

Al fine di costruire un presidio di controllo, dal lato del committente, specifico per i dettami del d.lgs. 231/2001, tutti i contratti di fornitura di servizi infragruppo vanno corredati da idonee clausole che almeno richiamino il fornitore al rispetto del Modello e del Codice Etico del committente.

Le attività di validazione che il soggetto esternalizzante deve svolgere relativamente ai presidi di controllo circa le modalità di erogazione dei servizi da parte del soggetto fornitore possono ritenersi effettuate ai fini di verifica di idoneità a prevenire i reati e illeciti in oggetto esclusivamente se le procedure sottese all'attività hanno ottenuto un giudizio di efficacia ovvero se i controlli sono volti a verificare il rispetto delle clausole sopra citate. A tal fine, ferma restando l'attribuzione delle responsabilità in capo alle singole società del Gruppo eroganti i servizi resi e ferma restando la responsabilità dell'Organismo di Controllo della Capogruppo di coordinare e verificare una corretta e omogenea attuazione del Modello presso le società del Gruppo, viene traslato a carico degli Organismi di Controllo delle società beneficiarie del Gruppo un onere di verifica dei Modelli Organizzativi adottati dalle società fornitrici di servizi resi infragruppo

per l'erogazione degli stessi. Un tale onere comporta la validazione delle procedure sottostanti l'erogazione del servizio da parte dell'Organismo di Controllo della società beneficiaria e un obbligo di comunicazione dell'Organismo di Controllo del soggetto erogante all'omologo Organismo di Controllo del soggetto beneficiario circa gli esiti di verifiche svolte ai sensi del d.lgs. 231/2001 sulle attività sensibili.

9. I collegamenti necessari con la normativa sulla *privacy*

Si ravvisa l'opportunità di chiudere il presente contributo con una nota di attualità, di particolare interesse. Nella Gazzetta Ufficiale la legge 106/2011, di conversione del Decreto Sviluppo, l'art. 6, comma 2, lett. *a*), interviene su diverse disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali (nel prosieguo Codice *privacy*) che interessano l'attività d'impresa e i rapporti tra operatori economici, con l'obiettivo - dichiarato in maniera programmatica al comma 1, lett. *a*) - di dare attuazione alla normativa europea e di ricondurre le regole sulla riservatezza dei dati alla tutela delle sole "persone fisiche".

Per quanto attiene ai gruppi di imprese, l'art. 6, comma 2, lett. *a*), n. 3, introduce all'art. 24 del Codice *privacy* una nuova ipotesi di esonero dal consenso per le comunicazioni di dati personali, effettuate per finalità amministrativo-contabili, tra società, enti o associazioni con società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c. o sottoposte a comune controllo, nonché tra consorzi, reti di imprese, raggruppamenti e associazioni temporanei di imprese (RTI e ATI) con i loro aderenti (nuova lett. *i-ter*), in linea con quanto già contemplato dalla legge 675/1996.

Per esigenze di coordinamento, la medesima disposizione apporta modifica all'art. 24, lett. *g*), del Codice, che delega il Garante *privacy* a individuare con proprio provvedimento casi di esonero dal consenso in attuazione del principio del bilanciamento di interessi, eliminando da tale norma il riferimento "*alle attività di gruppi bancari e di società controllate o collegate*".

La disposizione modificativa è animata dal proposito di semplificare gli adempimenti connessi alla circolazione delle informazioni non sensibili nell'ambito di gruppi di imprese oltre che di altre forme di organizzazione congiunta dell'attività d'impresa previste dall'ordinamento per esigenze organizzative o gestionali interne, escludendo che in tali casi sia necessario il consenso degli interessati cui si riferiscono i dati scambiati.

Il richiamo all'art. 2359 c.c. per quanto attiene ai criteri e agli indici presuntivi delle situazioni di controllo e di collegamento tra società è fatto per circoscrivere e definire l'ambito applicativo dell'ipotesi esonerativa, da estendere ai gruppi composti sia da società, che da imprese, enti o associazioni. Detti soggetti possono avere sia natura privata che pubblica: si pensi ai numerosi casi in cui Pubbliche Amministrazioni sono titolari di partecipazioni sociali, di collegamento o di controllo, in imprese private o utilizzino tali imprese per il perseguimento di finalità istituzionali (ad esempio, servizi pubblici locali, società a capitale interamente pubblico o misto).

La nuova ipotesi di esonero dal consenso per finalità amministrativo-contabili è, peraltro, residuale rispetto agli altri casi in cui il trattamento può essere effettuato

senza consenso *ex art.* 24, in particolare quando esso è necessario per adempiere ad obblighi derivanti dalla legge o da contratto, ovvero quando riguarda dati pubblici o relativi allo svolgimento di attività economiche.

Le modifiche vanno coordinate con la disciplina, che permane, in termini di trasferimenti intragruppo dei dati personali relativi ai dipendenti e alla clientela del territorio dello Stato italiano, verso le filiali con sede in Paesi non appartenenti all'Unione Europea e con i vincoli informativi riferiti al delicato tema del conflitto di interesse e del connesso trattamento di dati personali, di rilievo nel contesto 231, rispetto al quale il Garante è intervenuto con un'importante decisione nel corso del 2010, che ha tratto origine dalla richiesta della filiale italiana di un'agenzia di *rating* statunitense di poter consultare, sulla base di una specifica *policy* interna aziendale, le informazioni relative alle operazioni su strumenti finanziari eseguite dai propri dipendenti e dai soggetti facenti parte del loro nucleo familiare ristretto. Senza tali controlli, infatti, la società capogruppo, che opera in tutto il mondo, non avrebbe potuto ottemperare alla normativa vigente negli Stati Uniti, che richiede di certificare che l'attività di *rating* venga svolta in modo indipendente e senza essere influenzata da alcun conflitto di interessi anche dalle relative società controllate e/o collegate (cfr. Relazione annuale per il 2010 presentata lo scorso 23 giugno 2010).

LA GESTIONE DINAMICA DEL RISCHIO

Dott. Fabrizio Romolotti, Consulente Sistemi di Gestione - Lead Auditor Q.M.S. cert. I.R.C.A.

1. Il problema della decisione

Nell'agosto del 1900 il matematico tedesco David Hilbert, nel suo intervento al Congresso internazionale di matematica di Parigi, presentò una lista di ventitre problemi che la matematica era chiamata a risolvere. Il secondo dell'elenco, l'“Entscheidungsproblem”, il “problema della decisione”, consisteva nel dimostrare la coerenza degli assiomi dell'aritmetica dei numeri reali. Era questa una questione che coinvolgeva direttamente i fondamenti stessi della matematica. Tuttavia nel 1931 Kurt Gödel dimostrò con il suo teorema di *incompletezza* l'impossibilità del programma di Hilbert, in quanto il teorema dimostrava appunto che all'interno di qualsiasi sistema logico formale esiste una proposizione indecidibile. Nel 1927 il fisico Werner Heisenberg formulò il principio di *indeterminazione* o di *incertezza* in fisica, principio che mandava in soffitta la visione deterministica della realtà, e che nei testi di fisica teorica apre ai capitoli intitolati in generale *crisi della fisica classica*; nel 1905 Albert Einstein aveva introdotto la teoria della relatività ristretta che negava la possibilità di attribuire un valore assoluto alla misura di grandezze fisiche quali lo spazio e il tempo. Nel giro di poco più di trent'anni certezze indiscusse delle scienze esatte si erano infrante sulla scogliera delle realtà ultime (o penultime, o terzultime, o ...), molto più complesse e imprevedibili di quanto ci si potesse fino ad allora aspettare.

2. Il “nuovo approccio”

Ma esiste davvero un nesso tra l'impossibilità teorica di avere una conoscenza e un controllo della realtà, preciso quanto si vuole, e la gestione dinamica del rischio, che qui si intende trattare? Se non un nesso preciso, esiste almeno un'analogia tra queste impossibilità teoriche e le più modeste impossibilità, quanto meno pratiche, insite nel tentativo di imbrigliare la realtà ordinaria? Diciamo che queste considerazioni costituiscono un monito a non pretendere di voler dare soluzioni univoche a problematiche che la realtà, comunque mutevole, via via ci propone; e in questo senso sì, è presente un nesso tra esse e la gestione del rischio. Per fare un esempio concreto tra i molti possibili, è interessante notare che fu proprio la consapevolezza della particolare complessità del mondo della componentistica elettrica ad indurre nel 1973 la Commissione Europea ad emanare, ai fini della sicurezza di questi prodotti, una direttiva “rivoluzionaria”, la Direttiva Bassa Tensione n. 73/23, che per la prima volta, in luogo di prescrizioni

puntuali relative ai diversi parametri tecnici in gioco, si limitava a definire i *requisiti essenziali di sicurezza*. L'impostazione di questa direttiva era quella di definire "che cosa" dovesse essere garantito circa la sicurezza dei prodotti elettrici e non più "come" questa garanzia dovesse essere ottenuta. In seguito al successo della Direttiva, la Commissione Europea confermò questo atteggiamento, formalizzandolo nel cosiddetto "Nuovo approccio" (Risoluzione del Consiglio, 7 maggio 1985, relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione - risoluzione del Consiglio 85/C 136/01 - Gazzetta ufficiale C 136 del 4 giugno 1985) che generalizzava i criteri seguiti nella 73/23, estendendoli a tutte le altre Direttive. Come curiosità, può essere interessante notare che la stessa direttiva 73/23 è stata riemessa nel 2006 praticamente identica nei contenuti, proprio per ricondurla, anche formalmente, al *Nuovo approccio* che essa stessa aveva contribuito a generare.

Anche la pubblicazione nel 1987 della serie delle norme ISO 9000 che, al contrario di quanto spesso si ritiene, non hanno alcun intento di uniformare le diverse organizzazioni ma, al contrario, di promuoverne di fatto la differenziazione attraverso l'identificazione puntuale dei requisiti organizzativi funzionali al governo efficace dei processi di un'organizzazione, e non dei modi di fatto seguiti per garantirne il soddisfacimento, conferma questo approccio. Questo rende più agevole per le organizzazioni definire modalità anche del tutto originali, innovative, variabili e capaci di dare una risposta adeguata e aggiornata alle loro esigenze reali e mutevoli, incluse quelle delle cosiddette *parti interessate*, proprio perché tali modalità sono state liberamente scelte per rispondere ai requisiti così chiaramente individuati ed esplicitati. A fronte di questi requisiti, è infatti più facile mettere in discussione *regole consolidate* sulle quali viene a volte fatto un affidamento più psicologico che reale, e che spesso sono riconducibili al mero rispetto di "tradizioni" e "riti" che, se pur condivisi negli specifici contesti, e quand'anche efficaci, sono spesso lungi dal garantire efficienza al sistema e scarsamente adatti a gestire i cambiamenti. All'impianto logico della normativa ISO 9000 si sono ispirati e si ispirano molti sistemi di gestione (esempio: ISO 14000 per la gestione ambientale, OHSAS 18000 per la sicurezza dell'ambiente, SA 8000 circa la responsabilità sociale): e tale impianto può facilmente cogliersi anche nella legge 231 del 2001.

Anzi, proprio per la soluzione delle problematiche relative alle responsabilità amministrative delle società e degli enti, la logica qui seguita viene proposta come possibile contributo per l'individuazione dei pericoli, la valutazione, l'analisi e la ponderazione dei corrispondenti rischi e il loro trattamento.

Questa impostazione dà ragione della loro applicazione e del loro successo in campi estremamente diversificati come ad esempio il mondo manifatturiero, sanitario, scolastico e professionale, quali ad esempio gli studi legali.

3. Oltre il buon senso

Può a questo punto essere interessante cogliere l'analogia tra i requisiti e la definizione puntuale degli obiettivi propri dell'organizzazione o anche personali e, corrispondentemente, l'analogia tra le soluzioni "personalizzate", che costituiscono i modi per soddisfare i requisiti, e la strategia dell'organizzazione.

Di fronte alla libertà di soluzioni e di scelta di strategie conseguente alla esplicitazione dei requisiti e degli obiettivi, è ovvia la domanda: la gestione del rischio basata sulla conoscenza del proprio lavoro e del relativo ambito, sulla competenza delle parti interessate, sulle loro capacità, sulla loro esperienza e il loro intuito, non è forse riconducibile al generale uso del buon senso, che assicura anche più facilmente che attraverso modalità più complesse l'immediatezza e la spontaneità delle soluzioni? Sembrerebbe logico rispondere affermativamente: ma così non è.

La tragedia del Titanic è forse uno degli esempi più eclatanti di come, pur in presenza di competenze e capacità, che ragionevolmente devono essere date per scontate in quel caso, possano verificarsi autentici disastri per errori, pur sempre possibili, e/o cause esterne, concomitanti. Il Titanic era una nave costruita meglio delle altre e destinata ad essere più sicura, così "perfetta", "inaffondabile" e veloce da voler stabilire già al suo primo viaggio il primato temporale della traversata transoceanica. Questo comportava seguire la rotta *ortodromica* che, come è noto, è generalmente più corta della più tranquilla *lossodromica*, ma che per le latitudini degli specifici porti di partenza e arrivo implicava lo spostarsi verso latitudini ancora maggiori; e maggiore è la latitudine e più facile è incontrare degli iceberg ... E' interessante osservare come la sottostima del rischio comporti non soltanto la maggior probabilità di verificarsi del danno, ma anche l'impreparazione a gestire il disastro.

Se il buon senso da solo non è in grado di assicurare un'efficace gestione del rischio, il ricorso ai sistemi gestionali strutturati comporta analisi che spesso sono apparentemente banali, anche se in realtà a banalizzare il problema non è tanto la banalità delle domande che ci si deve porre quanto piuttosto quella delle risposte che ad esse vengono date. L'ovvietà della soluzione infatti porta a far sembrare banale la domanda stessa, quando questa, sebbene semplice o addirittura elementare, richiederebbe risposte più meditate; è infatti l'ovvio che a volte porta a far sì che un pericolo, cioè una potenziale sorgente di danno, si trasformi in una insidia, cioè in un pericolo della cui presenza e potenzialità non c'è consapevolezza e dalla quale, di conseguenza, non ci si difende.

Cosa mai si dovrà fare, ad esempio, per proteggere l'udito di un lavoratore che opera in un ambiente particolarmente rumoroso? In questo caso la risposta è semplice: bisogna dotarlo di cuffie o tappi ed assicurarsi che ne faccia uso. Siamo sicuri che questa sia sempre la soluzione adeguata? E se il lavoratore stesse operando sui binari del treno? Udrebbe i fischi o anche il solo sferragliare del treno che ne segnala l'arrivo? Per proteggere l'udito nel lungo periodo, non andrebbe subito incontro, forse, a guai più seri? Come si vede, anche il particolare momento culturale che pone enfasi su aspetti, pur importanti, quali i danni da fumo, alcool, rumore, ma meno immediatamente vitali, può portare a focalizzarsi su pericoli capaci di danno minore e con basse probabilità di accadimento, piuttosto che su rischi maggiori ed immediati.

L'agire in base al solo buon senso non assicura un'efficace gestione del rischio perché induce facilmente a scelte caratterizzate dall'immediatezza e dall'intuitività, tipiche di un atteggiamento che è sì "brillante", ma che rischia di dare per scontati aspetti della realtà che, al contrario, andrebbero analizzati a fondo (con valore aggiunto in termini di conoscenza!).

Questo può sembrare pedante di fronte a situazioni elementari e chiarissime, e addirittura lampanti come il sorgere del sole ogni mattina: tuttavia, come sosteneva

Gottlob Frege, il matematico e logico tedesco padre del pensiero formale del Novecento, *“la scoperta che ogni mattina non sorge un nuovo sole, ma sempre il medesimo, è stata senza dubbio una delle più feconde dell’astronomia”*.

4. La gestione del rischio

Sgombrato quindi il campo da generiche semplificazioni dei problemi di gestione dei rischi volte a ridurla a soluzioni standardizzate, scaricabili da *internet* o acquistabili in edicola, o a soluzioni immediate e spontanee dettate dalla capacità di improvvisazione, vediamo come la normativa di tipo gestionale può essere di aiuto nell'affrontare razionalmente ed efficacemente la gestione del rischio per chi vede, in tale gestione, una reale opportunità. La Norma ISO 31000 Gestione del rischio, pubblicata in Italia come norma UNI ISO 31000 nel novembre 2010, fornisce principi e linee guida generali sulla gestione del rischio. Tale Norma è destinata a qualsiasi impresa pubblica, privata o sociale, associazione, gruppo o individuo; non è specifica per alcuna industria o settore ed è applicabile a qualsiasi tipo di rischio, quali che siano la sua natura e le sue possibili conseguenze, positive o negative.

La premessa è che ogni organizzazione deve affrontare aspetti, sia interni ad essa che esterni, che rendono incerto il conseguimento dei propri obiettivi; e la Norma intende descrivere un processo sistematico e logico in base al quale le organizzazioni possono gestire il rischio attraverso la sua identificazione, la sua analisi e valutazione, e prendere decisioni circa il suo trattamento in funzione del loro criterio di rischio. A questo fine essa stabilisce alcuni principi che sono alla base della gestione e dà indicazioni circa la struttura capace di integrare il processo di gestione del rischio nella governance complessiva dell'organizzazione; tale integrazione riguarda quindi la strategia, la pianificazione nella gestione, ed ha riflessi coi valori e la cultura propria dell'organizzazione.

E' infatti importante che questa struttura contribuisca in modo efficace ed efficiente a gestire il rischio e che questo sia gestito in maniera coerente in tutta l'organizzazione.

Questa gestione deve essere sistematica, trasparente e credibile all'interno di qualsiasi campo di applicazione e contesto, per la cui definizione è previsto l'inserimento di una specifica attività capace di definirlo grazie all'analisi degli obiettivi dell'organizzazione, dell'ambiente in cui essa li persegue, dei relativi portatori d'interesse, dei differenti criteri di rischio, degli elementi che consentono di rivelare e valutare la natura e la complessità dei propri rischi.

Secondo questa Norma, per rischio si intende “l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi”, cioè lo scostamento, sia in termini positivi che negativi, da quanto atteso per gli obiettivi e i loro differenti aspetti, quali quelli finanziari, di salute e sicurezza, ambientali, eccetera, dovuto alla mancanza di informazioni relative alla comprensione o alla conoscenza del verificarsi o il modificarsi di un particolare insieme di circostanze, alle relative conseguenze così come alla plausibilità del loro accadimento.

Il rischio quindi è dovuto al concorso di almeno tre entità: gli obiettivi, il pericolo, cioè la minaccia al loro raggiungimento e quindi il potenziale danno, la probabilità di avverarsi (cioè possibilità diversa da zero) della minaccia stessa e del relativo danno che ne consegue.

Senza uno solo di questi elementi, il rischio semplicemente non esiste. L'entità del rischio è quindi correlata al danno di cui un pericolo è capace e alla probabilità di accadimento dell'evento.

5. Definizione degli obiettivi

Un ausilio sicuro per la definizione razionale degli obiettivi, o per la loro verifica ove già definiti, è dato dalla Norma ISO 9004 della serie ISO 9000, dal titolo “*Gestire un’organizzazione per il successo durevole - L’approccio della gestione per la qualità*”, che pone l’accento sulla necessità, per chi guida un’organizzazione, di stabilire e mantenere attive una mission, cioè una descrizione del perché l’organizzazione esiste, una vision, cioè che l’organizzazione vuole essere e come vuole essere percepita dalle sue parti interessate, e i valori propri dell’organizzazione. Queste sono le entità sulle quali si fonda la definizione degli obiettivi; di conseguenza vi si fonda la strategia, cioè il piano e/o il metodo strutturati logicamente per conseguire gli obiettivi, in particolare nel lungo periodo.

L’intera serie delle norme ISO 9000 si basa su otto principi: orientamento al cliente, leadership, coinvolgimento delle persone, approccio per processi, approccio sistemico alla gestione, miglioramento continuo, decisioni basate su dati di fatto, rapporti di reciproco beneficio con i fornitori. Questa normativa promuove quindi *l’approccio per processi* nell’adozione, lo sviluppo e il miglioramento dell’efficacia del sistema di gestione in quanto un’organizzazione deve individuare e gestire numerose attività interagenti tra loro. Per processo, in questo contesto, si intende un “*insieme di attività correlate o interagenti che trasformano elementi in ingresso in elementi in uscita*” e spesso l’elemento in uscita di un processo costituisce quello in ingresso per un processo successivo. In particolare l’*Approccio sistemico alla gestione*, identifica, comprende e gestisce, come fossero un sistema, i processi tra loro correlati, contribuendo all’efficacia e all’efficienza dell’organizzazione nel conseguire i propri obiettivi. A integrazione della ISO 9004, per il miglioramento delle prestazioni, la Norma UNI EN 10014 *Gestione per la qualità - Linee guida per la realizzazione di benefici economici e finanziari*, è destinata a fornire all’alta direzione informazioni per agevolare l’efficace applicazione degli otto principi di gestione e per la scelta di metodi e strumenti per conseguire il successo sostenibile dell’organizzazione. In questa sono stabiliti criteri per l’autovalutazione come strumento per l’analisi di lacune e per stabilire le priorità di intervento. Secondo questa norma, il beneficio economico è correlato all’efficace gestione delle risorse e all’implementazione dei processi mirati a migliorare il valore complessivo ed il benessere dell’organizzazione.

6. Probabilità

Più complessa è la determinazione della probabilità di accadimento di un pericolo, sia per quanto riguarda l’aspetto strettamente matematico che per quanto attiene al reale utilizzo del dato.

La Norma UNI 11230 definisce la probabilità come “Misura o stima della possibilità che un evento ha di verificarsi”, dove per la misura conviene considerare la definizione

matematica di probabilità: “numero reale nell’intervallo chiuso $[0, 1]$ associato ad un evento”, mentre per la stima si può ricorrere a termini che esprimono più un grado di fiducia circa la probabilità, secondo graduatorie o classi del tipo: “*quasi certo - probabile - raro - moderato - improbabile*” o ancora: “*frequente - probabile - occasionale - remoto - improbabile - inverosimile*”. La stima della probabilità rispetto ad un evento si riferisce ad un dato intervallo di tempo.

La Norma ISO 31000 tratta a questo riguardo della *verosimiglianza*, termine che, nella terminologia della gestione del rischio, è *utilizzato per riferirsi alla plausibilità di un accadimento ipotizzabile, sia essa definita, misurata, determinata oggettivamente o soggettivamente, qualitativamente o quantitativamente, e descritta utilizzando termini generici o matematici come probabilità o frequenza con riferimento ad un dato intervallo di tempo*. A questo riguardo una nota precisa che, nella terminologia della gestione del rischio, il termine inglese “*likelihood*” utilizzato nella Norma ha un’accezione più ampia che non “*probability*”, spesso interpretato in senso restrittivo come termine matematico.

7. L’individuazione dei pericoli e la valutazione dei rischi

L’individuazione dei pericoli può essere agevolata, in termini razionali, dal ricorso alla scienza del pericolo, la chindinica, richiamata dall’appendice B della Norma UNI 11230, per la quale sono definite precise leggi e assiomi e tramite i quali essa *intende indagare i meccanismi di razionalità che si instaurano in un sistema complesso*.

Per l’individuazione dei pericoli è necessaria la preventiva definizione del contesto dell’organizzazione inteso come: *Combinazione di fattori e di condizioni interni ed esterni che possono influenzare il conseguimento degli obiettivi di un’organizzazione ed il suo comportamento nei confronti delle sue parti interessate*.

Tale contesto è continuamente soggetto a mutamenti, indipendenti dalle caratteristiche dell’organizzazione, quand’anche questa fosse ad esempio *no profit*, dalle sue dimensioni ed anche dalla tipologia dei suoi *prodotti*, siano essi tangibili o intangibili, e pertanto esso deve essere analizzato e tenuto sotto controllo con continuità dall’organizzazione stessa al fine di identificare, valutare e gestire i rischi relativi a tutte le parti interessate e alle loro esigenze e aspettative, anch’esse mutevoli.

Secondo la Norma ISO 31000, per far sì che la gestione del rischio sia efficace, è opportuno che un’organizzazione tenga presente i principi della gestione del rischio in base ai quali essa: crea e protegge il valore, è parte integrante di tutti i processi dell’organizzazione, è parte del processo decisionale, tratta esplicitamente l’incertezza, è sistematica, strutturata e tempestiva, si basa sulle migliori informazioni disponibili, è “su misura”, tiene conto dei fattori umani e culturali, è trasparente e inclusiva, è dinamica, iterativa e reattiva al cambiamento, favorisce il miglioramento continuo dell’organizzazione.

Essa deve prevedere una struttura di riferimento, e chi guida l’organizzazione deve assicurare un impegno forte e costante da parte della direzione dell’organizzazione, e la progettazione della struttura di riferimento per gestire il rischio capace di comprendere l’organizzazione ed il suo contesto; stabilire la politica per la gestione del rischio, assicurare l’assegnazione di responsabilità, autorità e competenze appropriate per gestire il rischio, prevedere l’integrazione nei processi organizzativi e

la disponibilità di risorse appropriate per la gestione del rischio, deve stabilire meccanismi di comunicazione e reporting interni ed esterni e assicurare l'attuazione della struttura di riferimento per gestire il rischio e il processo di gestione del rischio, monitorare, riesaminare e migliorare la struttura di riferimento.

Il processo di gestione del rischio, integrato nella cultura e nelle prassi dell'organizzazione, comporta la comunicazione e la consultazione con i portatori d'interesse esterni e interni, la definizione del contesto esterno e di quello interno, la definizione del contesto del processo di gestione del rischio una volta stabiliti gli obiettivi, le strategie, il campo di applicazione ed i parametri delle attività dell'organizzazione.

Individuati i pericoli e stimati i danni possibili ad essi correlati, così come la loro probabilità di accadimento, si perviene al processo di valutazione dei rischi, che consiste in un processo che comporta l'individuazione dei rischi, la loro analisi e la loro ponderazione e che dal punto di vista tecnico è generalmente strutturato secondo gli step proposti ancora dalla ISO 31000, e cioè:

- Identificazione dei rischi da parte dell'organizzazione, attraverso l'identificazione delle fonti di rischio, delle aree di impatto, degli eventi, delle loro cause e delle loro potenziali conseguenze, con l'obiettivo di elencare i rischi in base agli eventi capaci di accelerare o ritardare o ancora impedire il raggiungimento degli obiettivi.
- Analisi dei rischi, che si basa sulla conoscenza dei rischi ed è mirata a definire i dati in ingresso alla ponderazione del rischio e al processo decisionale circa la necessità o meno di trattamento del rischio; l'analisi implica considerazioni circa le fonti di rischio, la relativa verosimiglianza d'accadimento nonché le conseguenze positive o negative.
- Ponderazione del rischio, con l'obiettivo di favorire, in base all'analisi del rischio, i processi decisionali circa il trattamento dei rischi e le relative priorità.
- Trattamento del rischio, che comporta la selezione di una o più opzioni per modificare i rischi e l'attuazione di tali opzioni. Una volta attuato, il trattamento del rischio comporta un processo iterativo di valutazione del rischio residuo e di eventuale adozione di nuovo trattamento. Nel trattamento del rischio sono possibili diverse opzioni quali l'evitare il rischio decidendo di non avviare o continuare l'attività che ne comporta l'insorgere, assumere o aumentare il rischio al fine di perseguire un'opportunità, rimuovere la fonte di rischio, modificare la probabilità, modificare le conseguenze, condividere il rischio con altra parte o parti (compresi contratti o controllo finanziario) del rischio, ritenere il rischio con una decisione informata.
- Selezione delle opzioni di trattamento del rischio, che è mirata in generale a bilanciare i costi economici e gli impegni organizzativi necessari a fronte dei benefici attesi, considerando i requisiti cogenti ed altri associati ai valori dell'organizzazione, come ad esempio la responsabilità sociale, la protezione dell'ambiente, eccetera.
- Predisposizione e attuazione dei piani di trattamento del rischio, con la finalità di documentare come le opzioni di trattamento scelte sono attuate, e di fornire informazioni che riguardino in generale le motivazioni per le scelte effettuate compresi i riferimenti ai benefici attesi; attribuzione delle responsabilità relative all'approvazione del piano e alla sua attuazione; attribuzione delle risorse, incluse quelle necessarie a far fronte alle emergenze.

8. L'importanza del contesto

Dall'analisi delle leggi e degli assiomi della chindinica, chiaramente descritti dalla Norma UNI 11230, emergono logiche particolarmente illuminanti per quanto riguarda l'individuazione dei pericoli e conseguentemente dei rischi. In particolare, ad esempio, dal primo assioma: *“il rischio non può essere quantificato in modo assoluto, in quanto le misurazioni del rischio sono sempre relative al contesto territoriale e temporale in cui ogni individuo opera”*, si conferma la necessità di definire il contesto rispetto al quale vengono analizzati i pericoli e quindi i rischi; il secondo assioma: *“Le misurazioni del rischio dipendono da specifiche convenzioni tra gli attori, poiché il tipo di rapporto che si instaura tra essi influenza direttamente il loro sistema di valori e quindi la scelta dei criteri nella misurazione del rischio. La valutazione del rischio dipende dagli obiettivi per i quali essa viene svolta”* pone in evidenza l'importanza della chiara ed esplicita definizione degli obiettivi e quindi anche del sistema di valori dell'organizzazione.

Tuttavia, se l'individuazione e l'analisi del pericolo comportano evidentemente una preventiva buona conoscenza del contesto di riferimento, va tenuto presente che, a volte, altrettanto importante è la percezione che si ha del contesto stesso. Quando, ad esempio, ci si trova con amici in un'occasione festosa e si procede con più automobili in colonna, le leggi della dinamica che regolano il contesto fisico reale non mutano rispetto a quando procediamo tra automobili di estranei; eppure chi guida deve in qualche misura “forzarsi” a mantenere la distanza di sicurezza adeguata e a tenere un comportamento prudente. Un bambino, quand'anche fosse timoroso delle auto rombanti per la strada, è portato a considerare “buona” l'automobile del papà e a non temerla quando fa manovra; non solo, probabilmente è portato a considerare “abbastanza buone” le automobili di quello stesso tipo e marca, cioè le automobili come quella di papà, e di questo fatto chi guida l'automobile deve tenere conto.

La differenza tra “buona” e “abbastanza buona” mostra l'opportunità di ricorrere a volte nelle analisi dei rischi, alla cosiddetta logica *fuzzy* che, come è noto, senza riferimenti alla Verità con la V maiuscola, assegna diversi *valori di verità* alle risposte che vengono date agli interrogativi del tipo “è vero?” o “è falso?”. Ad esempio, le risposte alla domanda se è vero o falso che il pil del Sudan sia superiore a quello del Burkina Faso e alla domanda se è vero o falso che il pil degli Stati Uniti sia superiore a quello del Burkina Faso, sono entrambe: “è vero!”, ma con valori di verità evidentemente diversi.

Il ricorso alla logica *fuzzy* risponde almeno in parte alla problematica espressa da una delle leggi della chindinica, la *legge di assuefazione al pericolo*, secondo la quale *il costante confronto con i rischi di bassa probabilità porta, con il passare del tempo, ad una riduzione della percezione del rischio stesso. Il rischio viene quindi considerato come se l'evento sfavorevole non si dovesse manifestare*.

Le precedenti considerazioni relative alla mancata consapevolezza dei pericoli presenti e della conseguente loro trasformazione in insidia, si riconducono ad un altro assioma della chindinica: *“La conoscenza riduce il rischio. Ciò significa che le competenze specifiche agevolano la minimizzazione (prevenzione, reazione, ecc.) dell'impatto potenziale di eventi sfavorevoli”* e ad una delle sue leggi, la legge dell'*anti-pericolo*, secondo la quale la gravità di un pericolo è accresciuta dalla sottostima della sua probabilità.

9. Linee guida e norme armonizzate

Già la sola elencazione della molteplicità delle leggi, delle norme e comunque delle esigenze e il corrispondente moltiplicarsi dei requisiti e degli obiettivi che potremmo chiamare *profilo di rischio*, possono a volte lasciare perplessi, ma il punto è che, in concreto, la realtà si presenta nella sua complessità, e gli aspetti correlati ai requisiti si presentano tutti insieme e interagenti tra loro. Ed è evidente a questo punto l'importanza di avere preventivamente determinato una strategia che consenta di reagire secondo priorità razionalmente prestabilite. Forse proprio per limitare l'impatto che la formulazione di così tanti requisiti ha sulle organizzazioni, nel tempo sono stati messi a punto strumenti per favorire uniformità di condotta "sicura"; a fronte delle diverse direttive europee relative a certe tipologie di prodotti: ad esempio, sono state pubblicate delle norme dette "armonizzate" (qui con il termine "armonizzate" ci si riferisce all'armonizzazione tra le norme e le corrispondenti direttive, e non all'armonizzazione tecnica tra le norme dei diversi Stati) le quali, se seguite, assicurano la presunzione di conformità alla corrispondente direttiva; analogamente, sono state pubblicate numerose linee guida che dovrebbero aiutare le organizzazioni a gestire i rischi correlati a quanto oggetto della normazione o delle Linee Guida.

In un certo senso, quegli stessi "lacci e laccioli" da cui le organizzazioni volevano liberarsi vengono poi ad essere adottati per specifiche richieste da parte di clienti o liberamente scelti per ragioni di opportunità. Tuttavia, solo se c'è la piena conoscenza dei requisiti e la consapevolezza delle scelte corrispondenti fatte, si può parlare di una gestione dinamica del rischio, capace di riesaminare le scelte fatte e di verificarne l'adequatezza e la convenienza. Al contrario, la scelta di semplificare l'analisi dei problemi e di ricorrere acriticamente a strumenti preconfezionati rischia di costituire un'involuzione, e di non dare efficienza al sistema di gestione del rischio e, vista la complessità del reale, di non assicurarne neanche la mera efficacia.

10. Conclusioni

La gestione dinamica del rischio, quindi, è frutto di un cambiamento culturale. Si tratta infatti di un approccio volto non a difendere l'organizzazione da possibili contestazioni dell'Autorità, dei clienti o degli azionisti, ma a governare i processi propri dell'organizzazione per il raggiungimento effettivo degli obiettivi, la cui definizione - come si è visto - tiene conto dei requisiti cogenti e contrattuali.

Un'ultima considerazione di ordine logico. Quanto detto finora ha messo in evidenza la necessità che le decisioni riguardo al rischio si basino su dati di fatto e su valutazioni che tengano massimamente conto del contesto di riferimento; tuttavia, quanto più le decisioni sono importanti ed autorevoli, tanto più esse influenzano o condizionano, se non addirittura determinano, una diversa configurazione di quello stesso contesto. Il fantasma dell'"*Entscheidungsproblem*" di Hilbert continua forse ad aleggiare!?

